

**Die verfassungsrechtlichen Bindungen bei der
Beschränkung des Postverkehrs von Straf-
und Untersuchungsgefangenen**

Zugleich ein Beitrag zur Vollzugsreform

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

GERHARD DRIEWER
aus Essen

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die verfassungsrechtlichen Bindungen bei der
Beschränkung des Postverkehrs von Straf-
und Untersuchungsgefangenen**

Zugleich ein Beitrag zur Vollzugsreform

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

GERHARD DRIEWER

aus Essen



Berichterstatter : Professor Dr. G. Warda
Mitberichterstatter: Professor Dr. I. v. Münch
Dekan : Prof. Dr. W. Wertenbruch

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1969

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	IX
Schrifttum	XII
Einleitung	1

1. Hauptteil

Die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen
des Vollzuges von Straf- und Untersuchungshaft

I. Abschnitt

Möglichkeiten der Grundrechtsbegrenzung durch die staatliche Strafgewalt	8
---	---

A. Die Rechtsnatur der Grundrechte	12
------------------------------------	----

I. Die Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte	12
--	----

II. Die "institutionelle" Seite der Grund- rechte und das Verhältnis zur Freiheit	14
--	----

1. Die "institutionelle" Seite der Grund- rechte, insbesondere die Auffassungen von Hesse und Häberle	14
---	----

2. Kritische Stellungnahme	15
----------------------------	----

B. Grundrechtsgeltung und staatliche Strafgewalt	18
--	----

I. Die Geltungskraft der Grundrechte gegen- über der staatlichen Strafgewalt	18
---	----

1. Rechtfertigung der staatlichen Straf- gewalt	18
--	----

a.) Die Strafzwecke	20
---------------------	----

b.) Klärung des Vollzugszieles	21
--------------------------------	----

2. Strafgewalt und Grundrechte	23
--------------------------------	----

II. Das traditionelle "Eingriffs- und Schran- kendenken" und die "inhaltlichen Grenzen" der Grundrechte	25
---	----

1. Die Lehren zur Bestimmung wesensmäßi- ger (immanenter) Grundrechtsgrenzen	28
---	----

a.) Die Bestimmung durch die "Schran- kentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG	29
---	----

	Seite
b.) Die Begrenzung durch "entgegenstehende höherwertige Rechtsgüter" und der Generalvorbehalt der "allgemeinen Gesetze"	33
2. Kritische Stellungnahme	36
a.) Ablehnung einer Schrankenbestimmung durch die "Schrankentrias"	37
b.) Ablehnung einer Schrankenbestimmung auf Grund einer vorzunehmenden Güterabwägung	41
c.) Das traditionelle "Eingriffs- und Schrankendenken" und das Verhältnis von Freiheit und Gesetz	48
d.) Eigene Ansicht und Folgerungen für die beim Postverkehr in Anspruch genommenen Grundrechte	51
III. Schranken der staatlichen Strafgewalt bei Grundrechtseingriffen	55
1. Formelle Schranken des Art. 19 Abs. 1 GG	55
2. Materielle Schranken	58
a.) Der Schutz der Menschenwürde	58
b.) Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG	63
c.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	70
d.) Die Europäische Menschenrechtskonvention	73
e.) Sonstige Schranken	79
aa.) Der allgemeine Gleichheitssatz	79
bb.) Art. 104 Abs. 1 S.2 GG	80
cc.) Das Sozialstaatsprinzip	81
dd.) Die verfassungsmäßige Ordnung	82
IV. Insbesondere die Grenzen des Eingriffs bei Untersuchungsgefangenen	82
II. Abschnitt	
Die gesetzlichen Grundlagen für den Vollzug der Freiheitsstrafen und der Untersuchungshaft	86
A. Die gesetzliche Grundlage des Strafvollzuges	86
I. Versuche einer gesetzlichen Regelung des Strafvollzuges	86

	Seite
II. Reichs- bzw. bundesgesetzliche Bestimmungen über den Strafinhalt	88
III. Die Bedeutung der Vollzugsordnungen	91
1. Die DVollzO der Bundesländer v. 1.12.62	91
2. Die DVollzO als inhaltliche Wiedergabe der Verordnung v. 14.5.34	92
B. Die gesetzliche Grundlage der Untersuchungshaft	96
I. Die Bestimmungen der StPO	96
II. Die Bedeutung der UVollzO	98
III. Abschnitt	
Die Rechtfertigungsversuche genereller Grundrechtseinschränkungen im Strafvollzug	100
A. Die Einschränkungen der Grundrechte durch das "besondere Gewaltverhältnis" aus derzeitiger Sicht	100
I. Der Strafvollzug als besonderes Gewaltverhältnis	101
1. Allgemeines und besondere Gewaltverhältnis	101
a.) Das allgemeine Gewaltverhältnis	101
b.) Das besondere Gewaltverhältnis	102
2. Das Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses	103
3. Der Strafvollzug als besonderes Gewaltverhältnis	105
II. Die Geltung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis "Strafvollzug"	106
1. Nach der konstitutionellen Staatsrechtslehre	107
2. Unter der Weimarer Reichsverfassung	109
3. Nach der heute herrschenden Meinung	111
III. Die Rechtfertigungsversuche im einzelnen	114
1. Die Zulässigkeit grundrechtseinschränkender Anordnungen	114
a.) Der Strafvollzug als persönliche Gewährleistungsschranke	114

	Seite
b.) Der Strafvollzug als "institutionalisiertes" besonderes Gewaltverhältnis	115
aa.) Insbesondere die Auffassung von I. v. Münch	115
bb.) Zusätzliche Begründungen	116
2. Das Maß der Grundrechtseinschränkungen	117
a.) Der Maßstab im allgemeinen	118
b.) Der Maßstab im Strafvollzug	118
c.) Der Umfang der Grundrechtseinschränkungen	120
B. Ablehnung der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis als Grundlage für Grundrechtseinschränkungen im Strafvollzug	122
I. Kritik der Rechtfertigungsversuche	123
1. Der Strafvollzug als (persönliche) Gewährleistungsschranke	123
2. Zur Entbehrlichkeit eines die einzelnen Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigenden Gesetzes	125
a.) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	125
b.) Bejahung der Geltung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes im Strafvollzug	126
aa.) Wegfall der historischen Grundlagen	127
bb.) Widerspruch des besonderen Gewaltverhältnisses zur Funktion des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes	128
cc.) Keine Ausnahme für "institutionalisierte" besondere Gewaltverhältnisse	129
(a) Die Bedeutung der "Institutionen"	129
(b) Keine Gleichsetzung des Strafvollzuges mit den anerkannten "Institutionen" des Grundgesetzes	129
dd.) Die Unergiebigkeit der vorhandenen gesetzlichen Vorschriften	131

	Seite
(a) Keine Ersetzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips durch die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften über die Zulässigkeit der Freiheitsstrafe	131
(b) Keine Ersetzung durch das richterliche Strafurteil	132
ee.) Keine Einschränkung des Gesetzmäßigkeitsprinzips durch den "Zweck" des besonderen Gewaltverhältnisses	132
(a) Die Unbestimmtheit der Begriffe	133
(aa) Die Straf- und Vollzugszwecke	133
(bb) Keine Schlußfolgerungen auf die zulässigen Mittel	134
(b) Bestimmung von Zweck und Mittel allein durch den Gesetzgeber	136
(aa) Kein Argument aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	137
(bb) Bedenken gegen eine Bestimmung durch das "Funktionieren" des besonderen Gewaltverhältnisses	138
(c) Zusammenfassung	138
c.) Zwischenergebnis	138
II. Ergebnis und Schlußfolgerungen	139

2. Hauptteil

Die Zulässigkeit von Beschränkungen des Postverkehrs
de lege lata und de lege ferenda

I. Abschnitt

Untersuchung der Beschränkungsmöglichkeiten	144
A. Die Grundlagen der Einzeluntersuchung	144
I. Der Begriff des Postverkehrs	145

	Seite
II. Der Inhalt der Freiheitsentziehung	147
1. Einsperrung und Absperrung	148
a.) Einsperrung	148
b.) Absperrung	148
2. Kritik am Absperrungsgedanken	149
III. Die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt	151
IV. Der Zweck der Haft bei Untersuchungsgefangenen	153
B. Die zulässigen Beschränkungen	155
I. Der Personenkreis	155
1. Untersuchungshaft	155
2. Strafhaft	155
II. Schreiberlaubnis und Briefempfang	159
1. Untersuchungshaft	159
a.) Schreiberlaubnis	159
aa.) Zeitliche und umfangmäßige Beschränkungen	159
bb.) Schreibmaterial	162
b.) Briefempfang	164
2. Strafhaft	166
a.) Schreiberlaubnis	166
b.) Schreibmaterial	167
c.) Briefempfang	169
d.) Beschränkung aus Disziplinar- gründen	169
III. Der Bezug von Zeitungen, Zeitschriften, Büchern etc.	170
1. Untersuchungshaft	170
2. Strafhaft	171
a.) Tageszeitungen	172
b.) Zeitschriften, Illustrierte	173
c.) Bücher und sonstige Schriften	173
IV. Der Bezug von Paketen	175
1. Untersuchungshaft	175
2. Strafhaft	180
V. Die Überwachung des Postverkehrs	181
1. Die generelle Überwachung des Post- verkehrs	181

	Seite
a.) Untersuchungshaft	181
aa.) Notwendigkeit einer generellen Überwachung	181
bb.) Kontrolle der aus- und eingehenden Post	181
cc.) Das Kontrollverfahren	183
b.) Strafhaft	184
aa.) Kritik einer generellen Überwachung	184
bb.) Überwachung zur Persönlichkeitserforschung	186
2. Generelle Ausnahmen von der Überwachung	187
a.) Die Verteidigerpost und der Verkehr mit Anwälten und Notaren	187
aa.) Untersuchungshaft	189
bb.) Strafhaft	191
b.) Der Schriftverkehr mit Gerichten, Behörden, Volksvertretungen und der Europäischen Kommission für Menschenrechte	192
aa.) Untersuchungshaft	192
(a) Das Petitionsrecht als abwehrendes Freiheitsrecht	193
(b) Kritik einer Überwachung	194
(aa) Erfordernis der ernsthaften Gefährdung im konkreten Fall	195
(bb) Keine über § 119 Abs. 3 StPO hinausgehende Prüfungskompetenz	196
(cc) Kein Notwehrrecht für vermutete Angriffe	197
(c) Gemeinschaftliche Petitionen	198
(d) Aus- und eingehende Post	198
bb.) Strafhaft	199
(a) Traditionelle Begründungen	200
(b) Keine zwingende Notwendigkeit einer Überwachung	200
(c) Gemeinschaftliche Petitionen	202

	Seite
VI. Die Inhaltskontrolle	204
1. Unleserlicher oder unverständlicher Inhalt	205
2. Gegen die Einsperrung und die Sicherheit der Anstalt gerichteter Inhalt	205
3. Beeinträchtigung des Strafverfahrens	208
a.) Zweck der Untersuchungshaft	208
b.) Besonderheiten während der Strafhaft	209
4. Briefe mit strafbarem, insbesondere beleidigendem Inhalt	210
a.) Untersuchungshaft	211
aa.) Ablehnung einer mittelbaren Gefährdung	211
bb.) Die Auffassung Baumanns	212
cc.) Kein Rückgriff auf das besondere Gewaltverhältnis	213
dd.) Kein Unbearbeitetlassen beleidigender Eingaben	214
ee.) Kein Anhalten wegen Unzumutbarkeit oder strafbarer Beihilfe	215
ff.) Rechtfertigung aus § 53 StGB	217
(a) Bedenken gegen eine grundsätzliche Anwendung	217
(b) Die Anwendung des § 53 StGB im Einzelfall	219
b.) Strafhaft	221
5. Kritik an Anstaltsverhältnissen, Gerichten, Strafverfolgungsorganen	223
6. Schriftstellerische Tätigkeit	226
7. Briefe mit politisch unerwünschtem Inhalt	228
8. Briefe mit unzüchtigem Inhalt	231
VII. Anhalteverfahren und Beschlagnahme	232
1. Anhalteverfahren	232
2. Beschlagnahme	233

II. Abschnitt

Vorschlag für eine künftige gesetzliche Regelung	235
A. Untersuchungshaft	235
B. Strafhaft	238

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AG	Amtsgericht
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AT	Allgemeiner Teil
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Der Betriebsberater
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BlfGefängnK	Blätter für Gefängniskunde
BlfStrafvollzK	Blätter für Strafvollzugkunde
BSG	Bundessozialgericht
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGStPO	Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung

FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HE	Entwurf einer Verfassung des Verfassungskonvents in Herrenchiemsee, 1948
JMBL	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JVB1	Justizverwaltungsblatt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KrimMonHefte	Kriminologische Monatshefte
LB	Lehrbuch
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OBG	Ordnungsbehördengesetz
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht, hrsg. von Ullrich-Kohlhaas
OVG	Oberverwaltungsgericht
PostO	Postordnung
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGB1	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
RdJ	Recht der Jugend
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
StGB	Strafgesetzbuch
StPAG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeß- ordnung und des Gerichtsverfassungs- gesetzes
StPO	Strafprozeßordnung
UVollzO	Untersuchungshaftvollzugsordnung
VD	Vollzugsdienst
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGO	Vollzugsgeschäftsordnung v. 1.7.65
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutsch- land. Sammlung oberstgerichtlicher Ent- scheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
WBStVR	Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, hrsg. von Stengel- Fleischmann
WV	Weimarer Verfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffent- liches Recht und Völkerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfStrVo	Zeitschrift für Strafvollzug
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissenschaft

S C H R I F T T U M

- ABEL: Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1964 (zit.: Bedeutung)
- ALTENHAIN: Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 17.9.64, NJW 65, 412
- Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz im Strafvollzug, JVB1 61, 173; 62, 196; 63, 103; 64, 153; 65, 265; 66, 265
 - Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 22.10.65, JVB1 66, 71
 - Die strafrechtliche Rechtsprechung zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, JZ 66, 16
- ALTERNATIV-ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES: Allgemeiner Teil, vorgelegt von Baumann u.a., Tübingen 1966
- ANDRAE: Der Deutsche Strafvollzug und seine reichsgesetzliche Regelung, Leipzig 1920 (zit.: Strafvollzug)
- ANSCHÜTZ: Gesetz, in: WBStVR, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1913, S. 212
- Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, 14. Aufl., Berlin 1933
- APELT: Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes, JZ 51, 353
- ARNDT, Adolf: Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 25.4.56, NJW 57, 1072
- Umwelt und Recht, NJW 64, 855
- BACH: Briefzensur und unfreiwillige Subornation, NJW 63, 1763
- BACHOF: Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Praxis, Festschrift für Laforet, München 1952, S. 285

- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
JZ 57, 334
- Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts,
JZ 58, 468
- Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheu-
ner, Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbb., Berlin
1958, S. 155 (zit.: Grundrechte, III, 1)
- BADURA: Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 64, 337
- BASTA: Inwiefern deckt die Anstaltsgewalt Eingriffe in die
Rechte des Gefangenen?, Diss., Frankfurt 1927 (zit.:
Anstaltsgewalt)
- BAUMANN, Jürgen: Der Briefverkehr des Untersuchungsgefange-
nen, DRiZ 59, 379
- Die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbe-
schränkungen im Strafprozeß, in: Festschrift für Eb.
Schmidt, Göttingen 1961, S. 525
- Die Dienst- und Vollzugsordnung vom 1.12.61, MschrKrim
64, 57
- Strafrecht, AT, 5. Aufl., Bielefeld 1968
- BECKER, Erich: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung,
VvdStRL 14 (1956), 96
- BEMMANN: Für und wider die Vereinheitlichung der Freiheits-
strafe, GA 1967, 129
- BERBER: Lehrbuch des Völkerrechts, 1. Bd., Allgemeines Frie-
densrecht, München und Berlin 1960
- BETTERMANN: Freiheit unter dem Gesetz, in: Freiheit als Problem
der Wissenschaft. Abendvorträge der Freien Universi-
tät Berlin im Winter 1961/2, Berlin 1962, S. 63 (zit.:
Freiheit)
- BIELER: Der Verkehr der Gefangenen und Verwahrten mit der
Außenwelt. Tagungsberichte der Strafvollzugskommission,
Dritte Arbeitstagung vom 8. - 11.4.68 in Tübingen,
III. Band, S. 80 (zit.: Tagungsberichte III)
- BIRMANNS: Beweisverbot für Briefe Untersuchungsgefangener,
NJW 67, 1358

BLAU, Günter: Zur Briefzensur in psychiatrischen Krankenanstalten, Der Nervenarzt, 1956, S. 126

BOCHMANN: Die Rechtsstellung des Strafgefangenen, Diss., Leipzig 1938

BÖCKENFÖRDE, Ernst W.: Gesetz und Gesetzgebende Gewalt von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin 1958

BÖCKENFÖRDE, Werner: Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz und die Aufgaben des Richters, Berlin 1957

BONNER KOMMENTAR: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff.

BRINKMANN: Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz, Bonn 1967

BROHM: Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 64, 238

BRUNS, Hans-Jürgen: Strafzumessungsrecht, AT, Köln-Berlin-Bonn-München 1967

BÜHLER, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914

BUMKE: Deutsches Gefängniswesen. Ein Handbuch, Berlin 1928 (zit.: Bumke)

- Die Freiheitsstrafe als Problem der Gesetzgebung, in: Bumke, S. 16

ČOPIČ, Hans: Grundgesetz und politisches Strafrecht neuerer Art, Tübingen 1967 (zit.: Politisches Strafrecht)

DAHS, Hans: Die kleine Strafprozeßreform, NJW 65, 81

DALLINGER: Anmerkung zum Beschluß des OLG Bremen vom 25.11.50, MDR 51, 121

DBB-DOKUMENTE: Probleme des Strafvollzugs und seiner Beamten, Heft 2, Bad Godesberg 1967

DENNINGER: Besprechung von P. Häberle, Wesensgehaltsgarantie, JZ 63, 424

DEPENBROCK: Erwachsenen-Strafvollzug, Bonn 1960

- Zur rechtlichen Bedeutung der neuen Dienst- und Vollzugsordnungen im Strafvollzug, NJW 63, 89

DOEHRING, Karl: Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, Köln 1963 (zit.: Allgemeine Regeln)

DÜRIG: Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 52, 259

- Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79 (1953), 57
- Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), 117
- Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.58, DÖV 58, 194

ECHTERHÜLTER: Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, JZ 55, 689

EHMKE: Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Karlsruhe 1961

EHRENFORTH: Die Rechtsstellung des Gefangenen nach den Grundsätzen für den Vollzug von Freiheitsstrafen vom 7.6. 1923, Berlin 1927

ENGELBRECHTEN, Fritz v.: Zensur, Beanstandungen und Beschlagnahmen von Postsendungen der Untersuchungsgefangenen, DRiZ 59, 238

ERBEL: Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, Berlin 1966 (zit.: Kunstfreiheitsgarantie)

ERDSIEK: Beförderung von Briefen Untersuchungsgefangener mit politisch unerwünschtem Inhalt, NJW 64, 1118

EVANGELISCHES STAATSLERIKON: hrsg. von Kunst-Grundmann, Stuttgart-Berlin 1966

ESPIG: Die rechtliche Stellung des Strafgefangenen, Diss., Leipzig 1933

EVERS: Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 14.11.63,
JZ 64, 428

FECHNER: Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen
1954 (zit.: Soziologische Grenze)

FLEINER: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 2.
Neudruck der 8. Aufl. Tübingen 1928, Aalen 1963 (zit.:
Institutionen)

FORSTHOFF: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats,
VVDStRL 12 (1954), 8

- Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhand-
lungen 1950-64, Stuttgart 1964

- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., AT, 9. Aufl.,
München und Berlin 1966 (zit.: Verwaltungsrecht I)

FOTH: Empfang von Lebensmittelpaketen durch Untersuchungs-
gefangene, ZfStrVo 68, 103

FRANZ, Otto: Dürfen an den Untersuchungs- oder Strafgefange-
nen gerichtete Briefe geöffnet werden?, NJW 65, 25

- Rechtliches Gehör und die Briefkontrolle des Untersu-
chungsgefangenen, NJW 65, 855

FREDE-GRÜNHUT: Reform des Strafvollzugs, Berlin und Leipzig
1927

FREDE: Der Strafvollzug als Gegenstand staatlicher Verwal-
tung, in: Frede-Grünhut, S. 31

FREUDENTHAL, Berthold: Die rechtliche Stellung des Gefange-
nen (Frankfurter Rektoratsrede), Jena 1910; auch in:
ZfStrVo 55, 157

- Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentli-
chen Rechts, ZStW 32 (1911), 222

- Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat,
ZStW 39 (1918), 493

- Die rechtliche Stellung des Gefangenen, in: Bumke,
S. 141

FRIESENHAHN: Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem
Bonner Grundgesetz, DV 49, 478

- FRISCHKNECHT: Eheschließung von Strafgefangenen, JVB1 67, 81
- FROSCH: Inwieweit gelten die Grundrechte der deutschen Reichsverfassung vom 11.8.1919 für Strafgefangene?, Diss., Erfurt 1934
- GAHLEN: Zur Kontrolle beleidigender Petitionen, JVB1 63, 125
- GEIGER, Willi: Grundrecht und Rechtsprechung, München 1959
- GENTZ: Anmerkung zum Urteil des AG Berlin-Tiergarten vom 4.10.67, NJW 68, 61
- Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 68, 1600
- GIACOMETTI: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., Zürich 1960 (zit.: Allgem. Lehren)
- GIESE, Friedrich: Enteignung durch Kollektivakt, DRiZ 51, 192
- GÖTZL: Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch das Beamtenverhältnis, Diss., Erlangen 1961
- GREIFFENHAGEN: Der Verkehr des Strafgefangenen mit seinem Verteidiger. Zu § 148 StPO, GA 1964, 237
- GRÜNHUT: Rechtliche Garantien im Strafvollzug, in: Frede-Grünhut, S. 17
- GRUNAU: Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs, ZStW 30 (1958), 501
- Der Untersuchungsgefangene -Theorie und Praxis-, DRiZ 60, 396
- Bemerkungen zu einer Auswahl von Entscheidungen der Oberlandesgerichte gem. §§ 23 ff. EGGVG, ZfStrVo 64, 44; 71
- Empfang von Lebensmittelpaketen durch Untersuchungsgefangene, ZfStrVo 67, 93
- Zur Veröffentlichung der Selbstbiographie eines U-Gefangenen während des schwebenden Verfahrens, ZfStrVo 67, 236

- Kommentar zur Untersuchungshaftvollzugsordnung, Vollzug von Freiheitsentziehung, Teil I, Köln 1966 (zit.: UVollzO)
- Bemerkungen zur Rechtsprechung, ZfStrVo 68, 60
- GURADZE: Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht, Göttingen 1956
- Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der MRK gestützt werden?, DÖV 60, 286
- Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 14.1.1960, NJW 60, 1243
- Verfassungsbeschwerde und Verletzung der Menschenrechtskonvention, DÖV 61, 12
- Die Europäische Menschenrechtskonvention, Berlin und Frankfurt 1968 (zit.: MRK)
- HÄBERLE, Peter: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962 (zit.: Wesensgehaltsgarantie)
- HÄNTZSCHEL: Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Hdb DStR, Bd. 2, S. 651
- HAMANN: "Die verfassungsmäßige Ordnung". Zugleich eine Stellungnahme zu dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16.1.1957, BB 57, 229
- - Nochmals: "Die verfassungsmäßige Ordnung", BB 57, 343
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl., Neuwied 1961 (zit.: GG)
- Der "Staatsschutz" im Strafgesetzentwurf und das Grundgesetz, NJW 62, 1845
- Grundgesetz und Strafgesetzgebung, Neuwied 1963
- HAMEL: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung, Berlin 1957 (zit.: Bedeutung)

- Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV, 1. Halbb., Berlin 1960, S. 37 (zit.: Grundrechte, IV, 1)
- HANDBUCH DES DEUTSCHEN STAATSRECHTS: hrsg. von Anschütz-Thoma, Tübingen, Bd. 1, 1930; Bd. 2, 1932
- HANDBUCH DES GEFÄNGNISWESENS: hrsg. von v. Holtzendorff-Jagemann, 1. Band, Hamburg 1888
- HANS: Zur Kontrolle beleidigender Petitionen, Rpfleger 62, 435; JVB1 63, 126
- Zur Kontrolle der Briefe von Geistes- und Suchtkranken, die in Heil- oder Entziehungsanstalten untergebracht sind, DÖV 63, 256
- HELLMER: Zur Verfassungswidrigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 55, 137
- HERRMANN, Walter: Überlegungen zur gegenwärtigen Situation des Strafvollzugs, MschrKrim 66, 358
- HESSE: Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVdStRL 17 (1959), 11
- Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, Karlsruhe 1967 (zit.: Grundzüge)
- HIPPEL, Eike v.: Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965 (zit.: Grenzen)
- HOLL: Nochmals: Die Briefzensur, ZfStrVo 64, 148
- HUBER, Ernst Rudolf: Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR NF 23 (1933), 1
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen, Bd. I, 1953
- IMBODEN: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel und Stuttgart 1954
- JACOBI, Erwin: Die Rechtsverordnungen, in: HdbDStR, Bd. 2, S. 236

- Die Verwaltungsverordnungen, in: HdbDStR, Bd. 2, S. 255

JACOBI, Ludwig: Die Rechtsstellung der Strafgefangenen in Deutschland nach den Reichsgrundsätzen vom 7.6.1923 und den Vollzugsordnungen der deutschen Länder, unter Berücksichtigung der Entwürfe zu einem Strafvollzugsgesetz, Diss., Jena 1928; auch abgedruckt in: ZStW 50 (1930), 376

JACKEL: Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1967 (zit.: Grundrechtsgeltung)

JELLINEK, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905 (zit.: System)

- Gesetz und Verordnung, Tübingen 1919

JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948

JESCH: Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961

JESCHECK: Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin 1969

KAISER, Eberhard: Aufhebung des Haftbefehls und Haftentlassung, NJW 67, 866

KAUFMANN, Arthur: Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 67, 553

KAUFMANN, Erich: Diskussionsäußerung zum Beratungsthema: "Das Recht der freien Meinungsäußerung", VVdStRL 4 (1928), 77

- Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge, Gesammelte Schriften I, Göttingen 1960

KELLNER, Hugo: Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 63, 418

KIECKEBUSCH: Die Briefzensur, ZfStrVo 63, 361

KIMMINICH: Zur Theorie der immanenten Schranken im Asylrecht, JZ 65, 739

KITZINGER: Betrachtungen über die Freiheitsstrafe, GA 65 (1918), 192

- KLEE: Der Vollzug der Untersuchungshaft, GA 55 (1908), 257
- KLEIN, Hans: Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht, AöR 90 (1963), 129
- KLEINKNECHT: Der Vollzug der Untersuchungshaft, JZ 53, 531
- Anmerkung zum Beschluß des OLG Bremen vom 27.9.60, JZ 61, 265
 - Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (STPAG), JZ 65, 114
- KLUG, Ulrich: Das Verhältnis zwischen der Europäischen Menschenrechts-Konvention und dem Grundgesetz, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin-Heidelberg 1967, S. 434
- KNIES, Wolfgang: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967 (zit.: Schranken)
- KOEBEL: Grundrechte und Privatrecht, JZ 61, 521
- KÖHL, Guido: Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Zürich 1955 (zit.: Diss.)
- Zur Frage der Besonderen Gewaltverhältnisse, ZBR 57, 121
- KÖTTGEN: Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 291 (zit.: Grundrechte, II)
- KRAUSS, Rupprecht v.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955 (zit.: Verhältnismäßigkeit)
- KREBS: Schwedens Gefängniswesen, ZStW 64 (1952), 406
- Auffassungen über die Aufgaben des Strafvollzugs in Deutschland seit der Aufklärung, ZfStrVo 62, 138
- KREUZER, Arthur: Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamburg vom 22.6.67, NJW 67, 2369
- Die Briefkontrolle in der Untersuchungshaft, GA 1968, 236

KRIEGSMANN: Einführung in die Gefängniskunde, Heidelberg 1912

WISSE: Lehrbuch der Gefängniskunde unter Berücksichtigung der Kriminalstatistik und Kriminalpolitik, Stuttgart 1889

KRÜGER, Herbert: Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl 50, 625

- Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Smend, Göttingen 1952, S. 211
- Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 53, 1369
- Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 55, 201
- Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG, DÖV 57, 597
- Das besondere Gewaltverhältnis, VVdStRL 15 (1957), 109
- Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung, DÖV 61, 721
- Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966

KRÜGER, Hildegard: Völkerrechts- und Verfassungswidrigkeit der Zölibatsklausel für Polizeibeamte, ZBR 55, 289

- Die Verfassungswidrigkeit der lex Schörner, DVBl 55, 759
- Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 56, 309

KÜHLING: Weitere Bemerkungen zu Entscheidungen der Oberlandesgerichte gem. §§ 23 ff. EGGVG, ZfStrVo 64, 362

- Bemerkungen zu neueren Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Vollzugssachen gem. §§ 23 EGGVG, ZfStrVo 66, 99
- Bemerkungen zu gerichtlichen Entscheidungen in Vollzugssachen, ZfStrVo 67, 296

KUSSMANN: Der Rechtsschutz der Strafgefangenen nach den §§ 23-26 EGGVG, Diss., Münster 1963

LABAND, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, Tübingen 1876; 3. Aufl., Freiburg, Leipzig 1895; 4. Aufl., Tübingen 1901; 5. Aufl., Tübingen 1911-14

LEIBHOLZ-RINCK: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1966

LEIPZIGER KOMMENTAR: Strafgesetzbuch, 1. Bd., 8. Aufl., Berlin 1957; 2. Bd., 8. Aufl., Berlin 1958

LEISNER, Walter: Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl 60, 617

LEISS: Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafbarkeit einer Handlung, NJW 62, 2323

LERCHE, Peter: Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz" im Wandel des Verfassungsbildes, DVBl 58, 524

- Übermaß und Verfassungsrecht. Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln 1961 (zit.: Übermaß)

- Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem, DVBl 61, 690

- Besprechung von Peter Häberle, Wesensgehaltsgarantie, DÖV 65, 212

- Informationsfreiheit, in Ev. Staatslexikon, Sp. 785

LOBE-ALSBERG: Die Untersuchungshaft. Kommentar, Berlin 1927

LÖFFLER: Die Meinungs- und Pressefreiheit im Abhängigkeitsverhältnis, NJW 64, 1100

- Der Informationsanspruch der Presse und des Rundfunks, NJW 64, 2277

LÖWE-ROSENBERG-DÜNNEBIER: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Bd. I, 21. Aufl., Berlin 1963; Ergänzungsband und Gesamtregister, Berlin 1967 (zit.: Dünnebier, StPO)

MANGOLDT, Hermann v.: Kommentar zum Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953

- v. MANGOLDT-KLEIN: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. I, Berlin und Frankfurt 1966
- MANN: Grundrechte und militärisches Statusverhältnis, DÖV 60, 409
- MATTERN: Petitionsrecht, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, II. Bd., 2. Aufl., Berlin 1968, S. 623 (zit.: Grundrechte, II)
- MAUNZ: Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl., München und Berlin 1968 (zit.: Staatsrecht)
- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG: Grundgesetz, München und Berlin 1966 ff.
- MAURACH: Deutsches Strafrecht, AT, 3. Aufl., Karlsruhe 1965; BT, 5. Aufl., Karlsruhe 1969
- MAYER, Hellmuth: Strafrecht, AT, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- MAYER, Otto: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AöR 3 (1888), 3
- Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Leipzig 1895/6; Bd. 1 und 2, Berlin 1961, unveränderter Neudruck der 1924 erschienenen 3. Auflage
- MEYER, Karlheinz: Gefangenenbriefe mit strafbarem Inhalt, MDR 64, 724
- Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamburg vom 5.3.65, JR 65, 394
- MEYER-ANSCHÜTZ: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., Leipzig 1910
- MEZGER-BLEI: Strafrecht. Ein Studienbuch, AT, 13. Aufl., München und Berlin 1968
- MIDDENDORFF: Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßnahmen im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 55, 141
- MITTERMAIER: Gefängniskunde, Berlin und Frankfurt 1954
- MÜLLER-DIETZ: Strafvollzug und Strafvollzugsdienst heute, MschrKrim 67, 281
- Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet des Strafvollzugs, GA 1967, 65

MÜLLER-SAX (KMR): Kommentar zur Strafprozeßordnung, 6. Aufl.,
Darmstadt 1966

MÜNCH, Fritz: Die Menschenwürde als Grundforderung unserer
Verfassung, Bonn 1951

MÜNCH, Ingo v.: Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewalt-
verhältnis, Diss., Frankfurt 1957 (zit.: Diss.)

- Die Grundrechte des Strafgefangenen, JZ 58, 73

- Anmerkung zum Beschluß des CLG Hamburg vom 8.7.
63, JZ 64, 505

NEBINGER: Verwaltungsrecht, AT, 2. Aufl., Stuttgart 1949

NIPPERDEY, Hans Carl: Die Grundrechte und Grundpflichten der
Deutschen. Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfas-
sung, hrsg. von Nipperdey, I. Bd., Berlin 1929 (zit.:
Nipperdey)

- Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?, BB 51, 593

- Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann-
Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV, 2. Halbb., Berlin
1962, S. 741 (zit.: Grundrechte, IV, 2)

- Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheu-
ner, Die Grundrechte, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1968,
S. 1 (zit.: Grundrechte, II)

OBERMAYER: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt,
Stuttgart 1956

OEHLER, Dietrich: Postgeheimnis, in: Ev. Staatslexikon,
Sp. 1590

- Postgeheimnis, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die
Grundrechte, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 605
(zit.: Grundrechte, II)

PARTSCH: Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen
Recht. Überprüfung der Transformationslehre, Karls-
ruhe 1964

PAWLIK: Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 18.3.66,
NJW 67, 167

FERSCHEL: Die Meinungsfreiheit des Schülers, Berlin 1962

PETERS, Karl: Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin
1960 (zit.: Kriminalpädagogik)

- Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1966

FIGORSCH: Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das
Recht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Studie
zu den Artikeln 25, 59, 79 des GG für die BRD vom
23. Mai 1949, Hamburg 1959 (zit.: Einordnung)

PFUNDTNER-NEUBERT: Das neue Deutsche Reichsrecht, II, Berlin

QUARITSCH: Institutionelle Garantie, in: Ev. Staatslexikon,
Sp. 800

RAUCH: Geltung und Ausübung der Freiheitsgrundrechte im öf-
fentlich-rechtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnis,
Diss., Münster 1962 (zit.: Anstaltsbenutzungsverhält-
nis)

RIDDER, Helmut: Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheu-
ner, Die Grundrechte, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1968
(zit.: Grundrechte, II), S. 243

RIDDER-STEIN: Die Freiheit der Wissenschaft und der Schutz
von Staatsgeheimnissen, DÖV 62, 361

RÖHL, Hellmut: Der Rechtsschutz des Gefangenen, JZ 54, 65

- Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art.
19 Abs. I Satz 2 des Grundgesetzes, AöR 81 (1956),
195

- Der Rechtsweg gegen Strafvollstreckungsmaßnahmen,
NJW 60, 413

ROLLMANN (Hrsg.): Strafvollzug in Deutschland. Situation und
Reform, Frankfurt 1967 (zit.: Strafvollzug in Deutsch-
land)

ROTTHAUS: Zur Bearbeitung der Gefangenenbeschwerden, ZfStrVo
61, 201

- , Der Schriftverkehr der Gefangenen mit Gerichten und Behörden, JVB1 67, 195
- Menschenwürde im Strafvollzug, MDR 68, 102
- ROXIN, Klaus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 66, 377
- RUPRECHT: Die Rechtsstellung des Gefangenen. Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Zweite Arbeitstagung vom 26.2. - 1.3.68 in Hamburg, S. 78 (zit.: Tagungsberichte II)
- SAX, Walter: Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbb. Berlin 1959, S. 909 (zit.: Grundrechte, III, 2)
- SCHEUNER: Grundfragen des modernen Staates, in: Recht-Staat-Wirtschaft, hrsg. von Wandersleb, Bd. III, Düsseldorf 1951, S. 126
- Pressefreiheit, VVdStRL 22 (1965), 1
- SCHMIDT, Eberhard: Zuchthäuser und Gefängnisse, Göttingen 1960
- Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, 1. Lieferung, §§ 1 - 224, Göttingen 1966 (zit.: StPO)
- Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, NJW 67, 1929
- Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 23.6.67, NJW 67, 2024
- Grundlagen der Freiheitsstrafe. Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Erste Arbeitstagung vom 4. - 7.12.67 in Heidelberg, S. 28 (zit.: Tagungsberichte I)
- SCHMIDT, Hans Wolfgang: Die Verbindung des Untersuchungsgefangenen zur Außenwelt, SchlHA 64, 274
- SCHMIDT, Walter: Die Freiheit vor dem Gesetz. Zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 91 (1966), 42

- Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur "Selbstbindung der Verwaltung", Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich, 1969 (zit.: Gesetzesvollziehung)
- SCHMITT, Carl: Inhalt und Bedeutung des Zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: HdbDStR, Bd. 2, S. 572
- Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, Berlin 1958
- Verfassungslehre, 3. Aufl., unveränderter Neudruck, Berlin 1957
- SCHNORR, Gerhard: Handeln auf Befehl, JuS 63, 293
- SCHNUR, Roman: Besprechung von P. Häberle, Wesensgehaltsgarantie, DVBl 65, 489
- SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch, 14. Aufl., München und Berlin 1969
- SCHOLTISSEK: Innere Grenzen der Freiheitsrechte. Zum Verbot der Volksbefragung, NJW 52, 561
- Die allgemeinen Regeln im Sinne des Art. 25 GG, Diss., Mainz 1953 (zit.: Diss.)
- SCHORN, Hubert: Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Neuwied 1963 (zit.: Schutz)
- Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihr Zusatzprotokoll in Einwirkung auf das deutsche Recht, Frankfurt 1965 (zit.: MRK)
- Die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen, JR 67, 448
- SCHÜLER-SPRINGORUM: Die Rechtsstellung des Gefangenen. Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Zweite Arbeitstagung vom 26.2. - 1.3.68 in Hamburg, S. 48 (zit.: Tagungsberichte II)
- SCHULTZ, Günther: Die Rechtsstellung des Strafgefangenen (Blick in die Zeit), MDR 67, 371
- SCHWARZ-KLEINKNECHT: StPO, 28. Aufl., München und Berlin 1969
- SELMER, Peter: Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift, VerwArch 59 (1968), S. 114

SIEVERTS: Zur Geschichte der Reformversuche im Freiheitsstrafvollzug, in: Strafvollzug in Deutschland, S. 43

SIEGLOCH: Anmerkung zum Beschluß des OLG Schleswig vom 7.5.63, GA 1964, 186

SMEND, Rudolf: Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVdStRL 4 (1928), 44

SPANNAGEL: Die Strafvollzugsordnung von Baden-Württemberg und ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, Diss., Freiburg 1961

SPANNER, Hans: Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 19.7.62, DÖV 63, 29

- Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 63, 497

v. STACKELBERG: Anmerkung zum Beschluß des OLG Bremen vom 17.2.60, NJW 60, 1265

STARKE: Die Behandlung der Gefangenen, in: Bumke, S. 147

STRAFVOLLZUG IN DEUTSCHLAND: siehe ROLLMANN

STREE: Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, Tübingen 1960 (zit.: Deliktsfolgen)

STRUCKMANN: Briefzensur bei Untergebrachten, NJW 62, 621

TASCHE: Können die Bezirke der ordentlichen Gerichte durch Verordnung geändert werden?, NJW 52, 407

THIEME, Werner: Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 56, 521

- Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 64, 81

THOLE: Der mündliche und schriftliche Verkehr des Gefangenen mit seinem Verteidiger, ZfStrVo 62, 23

THOMA, Richard: Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Nipperdey, Bd. I, S. 1

- Der Polizeibefehl im Badischen Recht, 1. Teil, Tübingen 1906 (zit.: Polizeibefehl I)

- Grundrechte und Polizeigewalt. Festgabe für das
Preußische OVG, Berlin 1925, S. 183

- Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der
Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung,
in: HdbDStR, Bd. 2, S. 221

TIEDEMANN, Klaus: Anmerkung zum Beschluß des OLG Bremen
vom 21.3.63, NJW 63, 1841

- Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französi-
schem und deutschem Verfassungsrecht, Bonn 1963
(zit.: Rechtsstellung)

- Gleichheit und Sozialstaatlichkeit im Strafrecht, GA
1964, 353

- Die normative Grundlage des deutschen Strafvollzugs,
NJW 67, 87

ULE, Carl Hermann: Das besondere Gewaltverhältnis, VVdStRL
15 (1957), 133

- Besonderes Gewaltverhältnis, in: Ev. Staatslexikon,
Sp. 663

- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, in: Ev. Staatslexikon,
Sp. 651

WÄSCHE, Lothar: Die innerstaatliche Bindung des deutschen
Gesetzgebers an die Europäische Konvention zum Schutze
der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Diss., Köln
1961 (zit.: Innerstaatliche Bindung)

WAGNER: Der mündliche und schriftliche Verkehr der Untersu-
chungsgefangenen, JW 28, 2962

WAIS: Die Verwertbarkeit von Briefen Untersuchungsgefange-
ner als Beweismittel, NJW 67, 2047

WARDA: Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im
Strafrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1962 (zit.: Dog-
matische Grundlagen)

WEHRHAHN: Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2
Abs. 1 des Grundgesetzes, AÖR 82 (1957), 250

WELZEL: Das Deutsche Strafrecht, 10. Aufl., Berlin 1967

WERTENBRUCH: Grundgesetz und Menschenwürde. Ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit, Berlin-Köln 1958 (zit.: Menschenwürde)

- Der Grundrechtsbegriff in Art. 2 Abs. 1 GG, DVBl 58, 481

WINDSHEIMER: Die "Information" als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, Berlin 1968 (zit.: Information)

WINTRICH: Zur Problematik der Grundrechte, Köln-Opladen 1957 (zit.: Problematik)

WOLFF, Hans J.: Verwaltungsrecht, Bd. I, 6. Aufl., München und Berlin 1965; Bd. II, 2. Aufl., 1967; Bd. III, 1966

WÜLLENWEBER: Die Klingelpütz-Affäre, Aspekte und Konsequenzen, in: Strafvollzug in Deutschland, S. 121

WÜRTEMBERGER: Reform des Strafvollzugs im Rechtsstaat, JZ 67, 233

ZIPPELIUS: Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkungen von Grundrechten, DVBl 56, 353

- Grundrechte, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 717



Einleitung

Seit mehr als 100 Jahren ist die Forderung nach einer reichs- bzw. bundesgesetzlichen Regelung des Strafvollzuges immer wieder erhoben worden. Aber erst heute scheint sich unter dem Druck der im deutschen Strafvollzug allzu offenbar gewordenen Unzulänglichkeiten eine solche Kodifizierung erreichen zu lassen.¹⁾ Wenn bisher eine umfassende Reform -und damit notwendigerweise auch die Verabschiedung eines Strafvollzugsgesetzes- zumeist an mangelnden Geldmitteln scheiterte,²⁾ so sind die eigentlichen Ursachen des gesetzgeberischen Versagens tiefer zu finden: Es mangelte an der allgemeinen Einsicht, auch dem Straffälligen, der wegen seines gemeinschaftswidrigen Verhaltens als außerhalb der Gesellschaft stehend betrachtet wurde, gegenüber verpflichtet zu sein, die als notwendig erkannten Reformen zu verwirklichen.³⁾

Selbst nach dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes überließ man es der Verwaltung, das Verhältnis des Staates und seiner Organe zu dem Gefangenen weiterhin vornehmlich nur durch Verwaltungsanordnungen zu regeln, obwohl es zu den tragenden Grundsätzen eines demokratischen Rechtsstaates gehört, daß für so weitgehende Eingriffe in Freiheit und andere Güter, wie sie die Ausgestaltung des Strafvollzuges mit sich bringt, eine rechtliche Legitimierung durch ein formelles Gesetz gegeben sein muß.⁴⁾

-
- 1) Das beweisen z.B. die Berufung einer Strafvollzugskommission, die am 4.12.1967 zum erstenmal zusammengetreten ist, und die Erkenntnis, daß eine Reform des Strafvollzuges nur in Verbindung mit der des Strafgesetzbuches einhergehen darf; Baumann, Mschr Krim 64, 57 ff. und Würtenberger, JZ 67, 233 ff. waren ausdrücklich vor einer Trennung.
 - 2) So schon die Reformversuche der Jahre 1874-79.
 - 3) Vgl. die 14 Punkte umfassende Analyse von Sieverts, in: Strafvollzug in Deutschland, S.52 f.
 - 4) Vgl. insoweit die Kritik von Würtenberger, JZ 67, 236.

Zur Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen im Strafvollzug wird bis heute immer noch auf die im Obrigkeitsstaat entstandene Lehre vom "besonderen Gewaltverhältnis" zurückgegriffen, nach der der Grundsatz, daß in Freiheit und Eigentum nur auf Grund Gesetzes eingegriffen werden darf, im besonderen Gewaltverhältnis nicht gilt: ⁵⁾ In Grundrechte darf eingegriffen werden, soweit es Sinn und Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses "Strafvollzug" unbedingt notwendig erscheinen lassen. ⁶⁾

Angesichts dieser Diskrepanz zwischen den Forderungen des Rechtsstaates und der Verfassungswirklichkeit wird sich die Fragestellung in dieser Arbeit auf die grundsätzliche Geltung der vom Grundgesetz verbürgten Freiheitsrechte und ihre verfassungsrechtlich zugelassene Einschränkung durch den "Sonderstatus" ⁷⁾ des Gefangenen zu richten haben. Dabei soll nicht verkannt werden, daß es selbst unter der Herrschaft des Grundgesetzes, das von einem möglichst umfassenden Schutz der individuellen Freiheitssphäre ausgeht, notwendig ist, manche Grundrechte des Strafgefangenen einzuschränken oder im Einzelfall sogar völlig außer Kraft zu setzen. Allerdings bedarf es bei der Beantwortung dieser Grundsatzfrage und der sich daran anschließenden Einzelfragen, die hier für den Bereich des Postverkehrs versucht werden soll, eines am derzeitigen Verfassungsrecht ausgerichteten Durchdenkens des besonderen Gewaltverhältnisses "Strafvollzug". Insofern wird sich der Gesetzgeber bei der Kodifizierung des Strafvollzuges nicht mit der bloßen Übernahme bisher üblicher Grund-

5) Vgl. z.B. OLG Hamburg NJW 63, 1790; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 121.

6) Statt vieler: Würtenberger, JZ 67, 236 rSp.; Bay VerfGH NJW 68, 1228.

7) Hesse, Grundzüge, S. 128 ff. will diesen Terminus an die Stelle des besonderen Gewaltverhältnisses treten lassen.

rechtsbeschränkungen begnügen können. Vielmehr wird er für jede zu regelnde Einzelfrage prüfen müssen, ob und inwieweit jede einzelne Grundrechtsbeschränkung verfassungsrechtlich zulässig ist.

Wenn auch bisher der rechtsstaatliche Elan auf dem Gebiete des Strafvollzuges besonders gering war, so darf nicht übersehen werden, daß jetzt gerade die Strafvollzugsbediensteten angesichts der öffentlichen Kritik ⁸⁾ darauf drängen, ihren Aufgabenbereich gesetzlich normiert zu sehen. ⁹⁾ Sie stellen darüber hinaus vor allem personelle und finanzielle Forderungen, ohne deren Erfüllung eine vom Resozialisierungsgedanken getragene Vollzugspraxis weder den rechts- und sozialstaatlichen Anforderungen noch den Grundsätzen entsprechen kann, die die "Einheitlichen Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung der Gefangenen" ¹⁰⁾ aufstellen. Dennoch beweisen gerade die den Gerichten zur Entscheidung gestellten Fälle, wie autoritär oder überängstlich sich die Vollzugspraxis oft noch darbietet, ¹¹⁾ ohne daß die Rechtsprechung wegen der fehlenden gesetzlichen Ausgestaltung des Vollzuges ein wirksames Regulativ bilden könnte. Solange sich noch mancher Vollzugsbeamte dazu berufen glaubt, seine "Stellung gegenüber dem Gefangenen verteidigen und dafür Sorge tragen zu müssen, daß über den heute so beliebt gewordenen U m w e g ü b e r d i e G r u n d r e c h t e nicht noch weiterer Einbruch in die nun einmal notwendige Autori-

8) Vgl. zu den Vorfällen im Kölner "Klingelpütz" und in der Hamburger "Glocke" z.B. Wüllenweber, in: Strafvollzug in Deutschland, S. 121 ff. und DBB-Dokumente, Heft 2, S. 52 ff. (Pressestimmen).

9) Vgl. die DBB-Dokumente, Heft 2.

10) Auszugsweise abgedruckt in: Strafvollzug in Deutschland, S. 7 f.; diese "Grundsätze wurden formuliert als Ergebnis der "Ersten Konferenz der Vereinten Nationen über Verbrechensverhütung und Behandlung Straffälliger", Genf, 22.8. bis 3.9.1955.

11) Vgl. z.B. OLG Hamburg JZ 64, 504; OLG Celle JZ 64, 428; OLG Hamburg NJW 67, 1973; OLG Hamm NJW 67, 218.

tät, sowie in Sicherheit und Ordnung erfolgt", ¹²⁾ oder solange die Verwaltungsvorschriften deswegen schon für gesetzes- und verfassungsgemäß angesehen werden, weil sie in freier Erörterung zwischen Vertretern der Justizministerien, Haftrichtern, Staatsanwälten, Strafverteidigern und Vollzugsbeamten entstanden seien, ¹³⁾ solange können nur Symptome, nicht aber die eigentlichen Ursachen behoben werden. Dieses Ziel wird aber nur dann erreicht werden können, wenn z.B. erkannt wird, daß das nicht weiter als "Vergünstigung" angesehen werden kann, was für die Rückkehr des Gefangenen in die Gesellschaft dringend erforderlich ist, ¹⁴⁾ oder daß die Zuchthausstrafe mit ihrem diskriminierenden Charakter einer Eingliederung in die Gesellschaft entgegensteht. ¹⁵⁾

Ansichts des bisherigen gesetzgeberischen Versagens im Bereiche des Strafvollzuges erscheint es auch wenig erstaunlich, daß der schon 1953 von Kleinknecht ¹⁶⁾ erhobenen Forderung nach einer einheitlichen bundesgesetzlichen Regelung der Untersuchungshaft noch nicht nachgekommen worden ist, obwohl wegen der den Richter nicht bindenden UVollzO und der nicht seltenen "Verschubung" des Untersuchungsgefangenen von einem Bundesland in das andere für ein solches Gesetz ein erhöhtes Bedürfnis besteht. Daß dieser Fragenkomplex gegenüber der eingeleiteten Strafvollzugsreform in der öffentlichen Diskussion in den Hintergrund getreten ist, mag in erster Linie darin seinen Grund haben, daß der heutige § 119 Abs.3 StPO die Grenzen der dem Untersuchungsgefangenen aufzuerlegenden

12) Holl, ZfStrVo 64, 148 (Hervorhebungen nicht im Zitat).

13) Grunau, DRiZ 60, 396; hiergegen mit Recht H.Schmidt, SchlHA 64, 274, rSp.; vgl. auch die bedenkliche Äußerung von Röhl, JZ 54, 65 (68).

14) So aber Nr. 62 DVollzO; vgl. insoweit die Kritik von Rollmann, Strafvollzug in Deutschland, S. 14.- Müller-Dietz, GA 1967, 65 Fußn. 3 kann sich deshalb "des Eindrucks nicht erwehren, daß die allseits propagierte Vollzugsreform bereits im Stadium papierener Deklamation festgefahren" ist.

15) Vgl. Bemann, GA 1967, 129 ff.; Eb.Schmidt, NJW 67, 1929 ff.; §§ 36, 37 des Alternativ-Entwurfs.

16) JZ 53, 531.

den Beschränkungen -wenn auch nur umrißhaft- aufzeigt und es im Gegensatz zur Strafhaft insoweit eines Rückgriffs auf die Lehre vom "besonderen Gewaltverhältnis" nicht bedarf. Dieser zur Strafhaft ohne Zweifel bestehende gewichtige Unterschied darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, die im Rahmen der Untersuchungshaft auftauchende Problematik liege in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht einfacher als bei der Strafhaft. Da sich der Untersuchungsgefangene nämlich noch meist in derselben Anstalt befindet, in der die Strafhaft vollstreckt wird,¹⁷⁾ besteht nicht selten die Gefahr, die dem Strafgefangenen auferlegten Beschränkungen auf den Untersuchungsgefangenen zu erstrecken. Deshalb soll in dieser Arbeit auf eine Abgrenzung der rechtlichen Beschränkungen der Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen gegenüber der sich grundsätzlich davon unterscheidenden des Strafgefangenen besonderer Wert gelegt werden. Die Darstellung beschränkt sich dabei auf den Vollzug an erwachsenen Gefangenen und verzichtet im Hinblick auf die inzwischen vom Bundestag verabschiedete¹⁸⁾ Einführung der Einheitsstrafe auf eine Unterscheidung zwischen Gefängnis- und Zuchthausstrafe.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, die rechtsstaatlichen Anforderungen herauszuarbeiten, denen künftige Vollzugsgesetze genügen müssen. Das soll näher ausgeführt werden für den Bereich des Postverkehrs der Gefangenen, der sich wegen der ihm innewohnenden Tendenz, den durch den Freiheitsentzug unterbrochenen Kontakt mit der Außenwelt herzustellen, besonders dazu anbietet, den Gegensatz von Freiheitsinteresse und notwendiger gesetzlicher Beschränkung darzustellen. Die Beantwortung der damit zusammenhängenden schwierigen Fragen, wie z.B. die

17) § 119 Abs. 1 StPO verlangt noch nicht eine völlige Separierung in eigenen Anstalten.

18) Sitzung des Deutschen Bundestages vom 9.5.1969; dritte Lesung des 1. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, Artikel 1; Bundesratsdrucksache 258/69; BGBl I, S.717 (722).

eventuelle Rechtfertigung einer Einschränkung des beim Postverkehr in Einzelfällen auch in Anspruch genommenen, ohne Gesetzesvorbehalt versehenen Petitionsrechts (Art. 17 GG), erfordert es, das der Arbeit gesteckte Ziel vom Verfassungsrecht her anzugehen. Die Grundlagen hierfür sollen im 1. Hauptteil der Arbeit gelegt werden.

Wegen der umfassenden Geltungskraft der Grundrechte bedarf es einer Klärung ihres Verhältnisses zur staatlichen Strafgewalt, deren in der Verfassung a u s - d r ü c k l i c h enthaltene formelle und materielle Schranken es aufzuzeigen gilt, nachdem eine kritische Analyse ergeben hat, daß die Theorien, die das gerade im Strafprozeß und Strafvollzug besonders zum Ausdruck kommende Spannungsverhältnis zwischen F r e i - h e i t u n d G e s e t z durch i m m a - n e n t e Kriterien zu lösen suchen, zu einer verfassungsrechtlich nicht vertretbaren Schwächung der individuellen Freiheitsrechte führen müssen.

Da bei der Frage nach der gesetzlichen Grundlage des Vollzuges festzustellen sein wird, daß im Gegensatz zur U-Haft, für die in § 119 Abs. 3 StPO die Grenzen der zulässigen Grundrechtsbeschränkungen umrissen sind, eine solche ausdrückliche g e s e t z l i c h e Grundlage des Strafvollzuges fehlt und auch nicht in der DVollzO von 1962 gesehen werden kann, wird im folgenden kritisch zu erörtern sein, wie Lehre und Rechtsprechung im einzelnen versucht haben -und noch versuchen-, die Strafvollzugspraxis zu rechtfertigen. Dabei wird insbesondere auf die Lehre vom "besonderen Gewaltverhältnis" einzugehen sein.

Im 2. Hauptteil wird dann zu untersuchen sein, welchen zulässigen Beschränkungen die im Rahmen des Postverkehrs vom Gefangenen in Anspruch genommenen Grundrechte der

Art. 2, 5, 10 und 17 GG im einzelnen unterliegen. Dabei wird von der gegenwärtigen, auf dem Absperrungsgedanken beruhenden Praxis auszugehen sein, um sie und die sie im wesentlichen bestätigende Rechtsprechung der Strafsenate anhand der zuvor aufgezeigten verfassungsrechtlichen Schranken kritisch zu würdigen und gegebenenfalls abzulehnen. Insofern wird sich die Arbeit von bisherigen Untersuchungsmethoden, die aus Sorge, ein "rechtsstaatliches Vakuum" zu hinterlassen, die geltenden Vollzugsvorschriften auf verfassungsrechtlich nicht haltbare Weise zu rechtfertigen suchten, grundlegend unterscheiden. Die so gewonnenen Ergebnisse sollen dann, soweit sie einer gesetzlichen Normierung bedürfen, thesenhaft in Form von Gesetzesvorschlägen zusammengefaßt werden, ohne daß hiermit allerdings der Anspruch erhoben werden soll, eine letztgültige und umfassende, verfassungsrechtlich zwingend geforderte Aussage getroffen zu haben.

1. Hauptteil

Die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen des Vollzuges von Straf- und Untersuchungshaft

I. Abschnitt

Möglichkeiten der Grundrechtsbegrenzung durch die staatliche Strafgewalt

In der Zeit der konstitutionellen Monarchie glaubte das liberale Bürgertum noch an eine schrankenlose Allmacht des Staates, die in der Schöpfung der Rechtsordnung frei war und sich selbst die Grenze, bis zu welcher sie in die Sphäre des einzelnen eingreifen durfte, durch die von der Volksvertretung gesetzte Rechtsordnung zog. ¹⁾ Während auf Grund dieses formalen Rechtsstaatsbegriffes Rechtssätze jeden Inhalts ergehen konnten, ²⁾ wurden dem Gesetzgeber mit Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes auch Schranken materieller Art gesetzt.

Schon indem das Grundgesetz anders als die Weimarer Verfassung ³⁾ den Grundrechtskatalog an die Spitze stellt, wird dieser Wandel offenbar: Ein erheblicher Teil der Grundrechte wird der vorstaatlichen Herkunft zugewiesen und der organisatorische Teil der Verfassung unter die Herrschaft der Grundrechte und ihres Sinngehaltes gestellt. ⁴⁾ Stärker jedoch kommt eine Bindung des Gesetzgebers und damit der bezweckte Schutz des einzelnen Staatsbürgers dadurch zum Ausdruck, daß die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden (Art. 1 Abs. 3 GG)

1) Vgl. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 214 ff.

2) Vgl. Thoma HdbDStR, Bd. 2, S. 221 ff.

3) Vgl. die im 2. Hauptteil, Art. 109 ff. WV, im einzelnen verstreut aufgeführten Grundrechte und -pflichten.

4) Maunz, Staatsrecht, S. 96; v. Mangoldt-Klein, S. 113 f.

und das zusätzliche Gebundensein des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) einen Mindestbestand an Werten sichert. Unterstrichen wird diese materielle Begrenzung noch dadurch, daß nach dem Wortlaut des Grundgesetzes einige Grundrechte keiner, andere nur einer im einzelnen unterschiedlich abgestuften Beschränkung unterworfen sind ⁵⁾ und in keinem Fall ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf (Art. 19 Abs. 2 GG). Ist es dem verfassungsändernden Gesetzgeber durch Art. 79 Abs. 3 GG zudem unmöglich gemacht, zumindest Art. 1 und 20 GG zu ändern oder zu beseitigen, so scheint der staatlichen Allmacht nicht zuletzt auch wegen der umfassenden Gerichtskontrolle (Art. 19 Abs. 4 GG) eine wirksame Grenze gesetzt.

Angesichts dieser klaren Fassung des Grundgesetzes drängen sich jedoch zahlreiche Fragen auf, die die Verfassungswirklichkeit widersprüchlich erscheinen lassen und unmittelbar an den Nerv des Spannungsverhältnisses Individuum-Staat rühren. Gerade im Bereich des Strafrechts und des Strafvollzuges fehlt es bei der Beantwortung vieler Fragen bis heute noch an einer klaren dogmatischen Begründung, und auch in den Ergebnissen ist man je nach Ausgangspunkt verschiedener Auffassung.

So wird z.B. die Forderung des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG, daß ein Grundrecht nur dann, wenn es das Grundgesetz ausdrücklich für zulässig erklärt, durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes (sog. Vorbehalt des Gesetzes) ⁶⁾ eingeschränkt und **i n k e i n e m F a l l** in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf, sicher-

5) Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2; 5 Abs. 3; 8; 9 Abs. 3; 12 Abs. 2; 16 Abs. 2 und 17 GG einerseits und Art. 2 Abs. 2; 5 Abs. 2; 10 Abs. 2 S.1; 11 Abs. 2; 12 Abs. 1 S.2; 14 Abs. 1 S.2 GG andererseits.

6) Dieser Ausdruck ist eine Prägung O. Mayers, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 70.

lich dadurch mißachtet, daß nach gefestigter Praxis ⁷⁾ das Post- und Briefgeheimnis (Art. 10 GG) aller Untersuchungs- und Strafgefangenen einer generellen ⁸⁾ Einschränkung unterworfen wird. Durch das Lesen und ein eventuelles Zurückbehalten der Post wird dieses Grundrecht so stark beeinträchtigt, daß von ihm -wie es mit einer häufig verwandten Formel ausgedrückt wird- "so gut wie nichts übrigbleibt" ⁹⁾. Bedenkt man zusätzlich, daß überwiegend sogar Einzelpetitionen kontrolliert werden ¹⁰⁾ und gemeinschaftliche Petitionen überhaupt nicht für zulässig angesehen werden, ¹¹⁾ obwohl Art. 17 GG mit keinem Gesetzesvorbehalt versehen ist und letztere ausdrücklich als Recht j e d e r - m a n n zugestanden werden; daß die für zulässig erklärte zeitliche, gegenständliche und umfangmäßige Begrenzung des Postverkehrs in vielen Fällen auch eine Beschränkung der Meinungs-, Informations- oder Handlungsfreiheit zur Folge hat; ¹²⁾ ferner, daß der Personenkreis, mit dem der Gefangene zu korrespondieren

-
- 7) So zum Ausdruck gekommen in den geltenden Vollzugsordnungen und der sie im wesentlichen bestätigenden Rechtsprechung.
- 8) Abgesehen von der V e r t e i d i g e r post in gewissen Fällen, vgl. § 148 StPO, Nr. 37 UVollzO; Nr. 158 DVollzO.
- 9) Vgl. die Formulierung in BVerwGE 1, 51; 1, 94; 1, 274; 2, 300; OVG Münster E 8, 277 (290).
- 10) Vgl. Nr. 149, 154 Abs. 2, 155 Abs. 2 DVollzO und Nr. 28 Abs. 5, 31, 34 Abs. 2 UVollzO; vgl. auch BayVerfGH NJW 63, 1774 rSp; KG JR 67, 348; Altenhain, JZ 67, 22. - Nordrhein-Westfalen hat allerdings Parlaments-Petitionen von der Kontrolle ausgenommen, vgl. AV d. JM v. 30.7.68, JMBL NRW 68, 181.
- 11) Vgl. die in Fußn. 10 angeführten Bestimmungen und aus der Literatur Ule, VVdStRL 15 (1957), 138; Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 32; v. Mangoldt-Klein, S. 509; Mittermaier, Gefängniskunde, S. 122; Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 159; Hans, Rpfleger, 62, 436.
- 12) Vgl. Nr. 148, 151, 152 DVollzO; Nr. 28, 30 Abs. 2 UVollzO.

wünscht, vom Anstaltsleiter bestimmt wird ¹³⁾ und auch eine Nichtbeförderung und Beschlagnahme der Post für zulässig angesehen wird ¹⁴⁾ - so drängt sich schon de lege lata die Frage auf, ob hier die betroffenen Grundrechte (Art. 2 Abs. 1; 5 Abs. 1 S.1; 10 Abs. 1 und 17 GG) sowohl dem Grunde als auch der Intensität nach in zulässiger Weise eingeschränkt werden. ¹⁵⁾

Dies gilt um so mehr, als für den Strafgefangenen ein diese Einschränkungen ausdrücklich rechtfertigendes Gesetz fehlt und für den Untersuchungsgefangenen in § 119 Abs. 3 StPO nur eine Generalklausel aufgestellt ist.

Da die hier nur andeutungsweise aufgezeigten Fragen im wesentlichen verfassungsrechtlicher Art sind und eine Beantwortung auch vom Gesetzgeber im Rahmen der beabsichtigten Vollzugsreform erwartet wird, ist dieser Problemkreis zunächst vom Grundgesetz her zu betrachten, um dadurch für die im 2. Hauptteil zu behandelnden Einzelfragen das Fundament zu legen. Denn welche Befugnisse dem Gesetzgeber bei der Lösung dieser die Grundrechte des Gefangenen betreffenden Probleme von der Verfassung eingeräumt werden, hängt davon ab, welches Grundrechtsverständnis zugrunde zu legen ist,

13) Nr. 147 DVollzO.

14) § 94 StPO; Nr. 34, 35 UVollzO; Nr. 155 Abs. 1 und 2, 156, 162 Abs. 2 und 3 DVollzO.

15) Die Frage nach dem Wesensgehalt und der Einschränkungsmöglichkeit der Grundrechte stellt sich gerade bei dem stärksten Eingriff in die persönliche Freiheit, der lebenslangen Zuchthausstrafe, aber auch bei den sonstigen mit der Freiheitsstrafe verbundenen Einschränkungen von Grundrechten, die unter keinem Gesetzesvorbehalt stehen (so bei dem Recht, an Prozessionen teilzunehmen; sich frei zu versammeln; von seinem Erziehungsrecht Gebrauch zu machen; die ehelichen Freiheiten auszuüben; sich frei zu bewegen). Eine grundlegende und für alle Einzelfragen saubere methodische Antwort zu finden, kann im Rahmen des hier gesteckten Themas allenfalls versucht werden und soll bei der Grundrechtsproblematik, die sich wegen Art. 17 GG ergibt, zumindest anklingen.

und setzt eine Beantwortung der Frage voraus, ob und inwieweit der Gesetzgeber Grundrechte einschränken darf. Hierbei wird dann insbesondere zu prüfen sein, ob eine auch nur irgendwie geartete Beschränkung des ohne Gesetzesvorbehalt versehenen Petitionsrechts (Art. 17 GG) verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Voraussetzung für die Lösung dieser problematischen Frage der Begrenzbarkeit vorbehaltstfreier Grundrechte ist zunächst eine Untersuchung des "Wesens", insbesondere der Rechtsnatur der Grundrechte. Nur von einem bestimmten Grundrechtsverständnis aus kann nämlich erst der Zugang beispielsweise zu der Problematik erschlossen werden, inwieweit vorbehaltstfreie Grundrechte "immanenten" Schranken unterworfen sind. ¹⁶⁾

A. Die Rechtsnatur der Grundrechte

I. Die Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte

In Anlehnung an die Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit ¹⁷⁾ wird auch noch unter der Geltung des Bonner Grundgesetzes häufig versucht, den Grundrechtskatalog in bloße Programmsätze, institutionelle Garantien und echte Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte aufzugliedern. ¹⁸⁾ Eine solche strikte Unterscheidung

16) So soll z.B. nach v. Mangoldt-Klein, S. 129, 133-139, 509 der Strafvollzug als besonderes Gewaltverhältnis eine "immanente Gewährleistungsschranke" aller Grundrechte sein und diese begrenzen, auch wenn kein formelles Gesetz dies ausdrücklich gestattet.

17) Vgl. Anschütz, Vorbem. zum II. Hauptteil; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 163 ff.; HdbDStR, Bd. 2, S. 585 ff., 595 ff.

18) Vgl. z.B. Maunz, Staatsrecht, S. 94 ff.; v. Mangoldt-Klein, S. 83 ff., 102.

oder ein Rückfall in eine Überbetonung¹⁹⁾ der institutionellen Seite der Grundrechte steht jedoch mit dem geltenden Verfassungsrecht nicht in Einklang.

Die Verfassungsaussage, daß die Grundrechte "unmittelbar geltendes Recht" sind (Art. 1 Abs. 3 GG), die Sicherung ihrer Effektivität auf prozessualen (Art. 19 Abs. 4 GG), vor allem auf verfassungsprozessualen Gebiet (§ 90 BVerfGG)²⁰⁾ und die Grenzziehung durch Art. 19 Abs. 2 GG haben dazu geführt, die Grundrechtsnormen zunächst auf ihre subjektiv-rechtliche Qualität hin zu überprüfen.²¹⁾ Bei ihrer Auslegung ist angesichts dieser durch die Verfassung zum Ausdruck gekommenen Wertung deshalb zu Recht von einer grundsätzlichen Rechtsvermutung²²⁾ zugunsten einer individual-rechtlichen Qualifizierung der Grundrechte auszugehen, die als kaum widerlegbar für die Normen gilt, die -wie die klassischen Freiheitsrechte- auf staatliches Unterlassen ausgerichtet sind²³⁾ und die deshalb auch ein klagbares Recht des einzelnen gegenüber dem Staat gewährleisten.²⁴⁾

-
- 19) So, wie sie z.B. bei C.Schmitt, Verfassungsrechtl. Aufsätze, S. 149, 214 f. zu finden ist.
- 20) Das Recht auf Verfassungsbeschwerde soll auch im Grundgesetz verankert werden, vgl. Juristische Arbeitsblätter, 1969, S. 53.
- 21) Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 96, 103 ff.; v. Mangoldt-Klein, S.93, 103, 118; Hamann, GG, Art. 1, Vorbem. 6.
- 22) Bei der grundsätzlichen Betonung einer subjektiv-rechtlichen Verstärkung der Grundrechte muß in jedem Einzelfall geprüft werden, ob ein Grundrecht diese Qualität aufweist, wie der Hinweis auf Art. 7 GG beweisen kann. - So schon Apelt, JZ 51, 353 ff. und auch v. Mangoldt-Klein, S. 103; Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 93 und BVerfGE 7, 377 (405); 13, 97 (104 f.), wo von einer "grundsätzlichen Freiheitsvermutung" ausgegangen wird, da die freie menschliche Persönlichkeit oberster Richtwert sei.
- 23) Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 94.
- 24) BVerfGE 6, 55 (72); Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 96; Zippelius, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 924/5.

II. Die "institutionelle" Seite der Grundrechte und ihr Verhältnis zur Freiheit

1. Die "institutionelle" Seite der Grundrechte, insbesondere die Auffassungen von Hesse und Häberle

In zunehmendem Maße wird jedoch in der neueren Literatur ²⁵⁾ eine der subjektiven korrespondierende ²⁶⁾ objektiv-rechtliche ("institutionelle") ²⁷⁾ Seite der Grundrechte herausgearbeitet, so daß sogar von einer "Janusköpfigkeit" ²⁸⁾ gesprochen wird. Der "institutionelle" Charakter wird dabei weder als "Umbau" ²⁹⁾ noch als Folge oder Alternative zu ihrem individualrechtlichen Gehalt, sondern als "Korrelatbegriff" zur freiheitlichen Seite betrachtet. ³⁰⁾

So korrespondiert nach H e s s e ³¹⁾ der Bedeutung der Grundrechte als subjektiver Abwehrrechte ihre objektiv-rechtliche als "negative Kompetenzbestimmungen für die staatlichen Gewalten" ³²⁾ und als "Elemente der Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens, durch die der Status des einzelnen ausgestaltet, umgrenzt und geschützt wird, die aber ihrerseits erst Wirklichkeit gewinnen kann, wenn sie durch Aktualisierung der Grundrechte als subjektiver Rechte mit Leben erfüllt wird". ³³⁾

25) Am weitgehendsten von P. Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 70 ff.; 96 ff. (99); auch Hesse, Grundzüge, S. 110 f., 115 ff.; Knies, Schranken, S. 177 ff. (196); in etwa auch Lerche, Übermaß, S. 237 ff.

26) Hesse, Grundzüge, S. 116.

27) Häberle, aaO., S. 70 und Hamel, Bedeutung, S. 19.

28) Häberle, a.a.O., S. 71; ähnlich auch Hesse, Grundzüge, S. 110 ff. (116) und Knies, Schranken, S. 196 bei Anm. 90.

29) So aber Maunz-Dürig, Art. 1 Rdnr. 98.

30) Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 71.

31) Grundzüge, S. 116.

32) D.h., der nach Maßgabe der Grundrechte gewährleistete individuelle Status der Freiheit und Gleichheit ist einer gesetzgeberischen Kompetenz entzogen, a.a.O.

33) Hesse, a.a.O.

H ä b e r l e ³⁴⁾ geht davon aus, daß durch Verfassung und Gesetz eine bestimmte, oft von der Verfassung vorgefundene Ordnung der jeweiligen Lebensbereiche -wie freiheitliche Vertrags-, Eigentums-, Erb-, Ehe- und Familienordnung oder die geltende Vereins-, Versammlungs- und Koalitionsfreiheit- konstituiert werde, die durch eine Fülle von Normkomplexen "verfaßt" würden. ³⁵⁾ Daraus folgert er, daß auch die individuelle Freiheit -eingebettet in diese institutionellen Ordnungen ³⁶⁾ - durch diese gestützt, geprägt und begrenzt werde, die Freiheit deshalb auch die "Freiheit als Institut" vorfinde. ³⁷⁾ Erstere sei deshalb eine von vornherein auf diese Lebensverhältnisse bezogene Freiheit, ³⁸⁾ wobei der Gesetzgeber die Grundrechte zum Zwecke der Aufrechterhaltung als "Institute" bis zu ihrem Wesensgehalt zu "begrenzen" und "auszugestalten" habe; erst durch diese vom Gesetzgeber so geschaffenen Normenkomplexe würden die einzelnen Grundrechtsberechtigten in die Lage versetzt, vom Wesen ihrer Freiheit Gebrauch zu machen. ³⁹⁾

2. Kritische Stellungnahme

Wenn hier die "institutionelle" Seite der Grundrechte betont wird, so wird man dem insoweit zustimmen müssen, als das Grundgesetz tatsächlich objektive Gewährleistungen, sog. Einrichtungsgarantien, beinhaltet, die man herkömmlicherweise in solche privatrechtlicher (Institutsgarantien) ⁴⁰⁾ und öffentlich-rechtlicher Art

34) Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG.

35) A.a.O., S. 96, 164; ähnlich auch Eike v. Hippel, Grenzen, S. 49; vgl. auch Hesse, VVdStRL 17 (1959), 11, 32.

36) Wesensgehaltsgarantie, S. 98, 100.

37) A.a.O., S. 99.

38) Häberle, a.a.O., S. 100.

39) A.a.O., S. 164 f., 180 ff., (183/4).

40) Als zweifelsfreie Beispiele werden angesehen: Ehe, Familie, elterliche Gewalt, Privateigentum, Erbrecht; vgl. Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 3, S. 46 Fußn. 1; vgl. auch Abel, Bedeutung, S. 40 ff.

(institutionelle Garantien)⁴¹⁾ aufgegliedert hat.⁴²⁾
Ebenso richtig ist, daß die Grundrechtsbestimmungen als Bestandteile des objektiven Rechts auch von ihrem objektiven Rechtsgehalt her, d.h. von ihrer den Staat verpflichtenden Seite, gesehen werden müssen und sie "Elemente einer Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens" darstellen.⁴³⁾

Erhebliche Bedenken müssen jedoch gegen die These Häberles erhoben werden, die besagt, daß die individuelle Freiheit durch einen vom Gesetzgeber geschaffenen Gesamtkomplex von Normen nicht nur fest begrenzt werden könne, sondern sogar begrenzt werden müsse. Denn versteht man unter einem "Institut" einen Gesamtkomplex von Normen, die der Freiheit Schranken setzen, so können diese zwar angeben, wieweit in concreto die Freiheit reicht. Das bedeutet aber noch nicht, daß die Freiheit jenseits der Schranken aufhört, ihrem Wesen gemäß "individuell und undefiniert" zu sein.⁴⁴⁾ Diese Freiheit ist kein "Institut". Allenfalls der zu ermittelnde "Wesensgehalt" dieses Normenkomplexes wird als eine "institutionelle Garantie" bezeichnet werden können, so daß man insofern auch nur von einer "institutionellen Seite" der Grundrechte sprechen sollte.⁴⁵⁾ Eine gesetzliche Umhegung des Frei-

41) Als solche werden angesehen: die Einrichtung der gemeindlichen Selbstverwaltung und der Hochschulen, Gewährleistung des Berufsbeamtentums; vgl. Abel, Bedeutung, S. 40 ff.

42) Vgl. hierzu E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, II, S. 394 m. Fußn. 10; Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 97.

43) Vgl. dazu im einzelnen Hesse, Grundzüge, S. 116 ff.; dazu zählen z.B. die Prinzipien der rechtsstaatlichen, demokratischen und bundesstaatlichen Ordnung oder die Garantie der Gewerbefreiheit als ein objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung; vgl. insoweit auch Maunz, Staatsrecht, S. 94; BVerfGE 7, 377 (397) und dazu Bachof, JZ 58, 468.

44) Schnur, DVBl. 65, 491; ähnlich auch Huber, AöR NF 23 (1933), 80 und Abel, Bedeutung, S. 51 ff.

45) Abel, a.a.O., S. 73 f.; Schnur, a.a.O. u. auch Lerche, Übermaß, S. 243; zur Schwierigkeit dieser "Wesensgehaltsbestimmung" vgl. Quaritsch, in: Ev.Staatslexikon, Sp. 801.

heitsrechtes kann zwar zulässig, oft sogar geboten sein; doch darf das Gesetz den "Wesensgehalt" des Freiheitsrechtes (vgl. Art. 19 Abs. 2 GG) allenfalls (negativ) abgrenzen, nicht jedoch (positiv) inhaltlich ausgestalten.⁴⁶⁾ Der "Wesensgehalt" wird von der Verfassung nämlich nicht geschützt, damit die Institution der Rechtsnormen erhalten bleibt, sondern damit der einzelne die Freiheit in einem Kernbereich behält, und zwar u.a. auch dazu, um in dieser Freiheit andere Institutionen zu schaffen.⁴⁷⁾ Die "institutionelle Garantie", wie sie seit der Lehre zur Weimarer Reichsverfassung verstanden wird, besteht aber aus einem Normenkomplex, der in seinem Kern nicht der Freiheit des einzelnen wegen geschützt wird, sondern hier werden Institutionen in ihrem Bestehen gesichert, ob der einzelne die Institutionen will oder nicht.⁴⁸⁾

Um dem mit dieser Auffassung verbundenen Anschein zu entgehen, die Gewährleistung subjektiver Rechte bestünde nur nach Maßgabe der gewährleisteten Institutionen und sei ihnen untergeordnet, muß vor einer Überbetonung der objektiv-rechtlichen Seite oder einer "Institutionalisierung großen Stils"⁴⁹⁾ gewarnt werden.⁵⁰⁾

46) W. Schmidt, AÖR 91 (1966), 62 ff. (64); a.A. Häberle, a.a.O., S. 126, 164, 179. - Vgl. auch unten S. 48 ff. zu dem hiermit verbundenen Problem des Verhältnisses von Freiheit und Gesetz.

47) Schnur, aaO., S. 491.

48) Schnur, a.a.O.; Quaritsch, a.a.O., Sp. 801; W. Schmidt, a.a.O., S. 63.

49) Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 98.

50) Gegen diese "Institutionalisierung" i.S. Häberles haben sich auch ausgesprochen: Denninger, JZ 63, 424; Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, S. 213 ff.; H. Klein, AÖR 90 (1963), 136. - Vgl. auch die berechtigte Kritik von Maunz-Dürig, Art. 1, Rdnr. 98, an der Einordnung aller erdenklichen soziologischen Sachverhalte in ein weitverzweigtes System von Einrichtungsgarantien, wie sie bei v. Mangoldt-Klein, S. 84 ff. und Ridder, Grundrechte, II, S. 243 f. (250 f.) zu finden sind, und daran, daß "Institutionen" entgegen ihrer ursprünglichen Bedeutung dazu benutzt werden, andere Grundrechte i.S. subjektiver Rechte generell an ihnen scheitern zu lassen (so v. Mangoldt-Klein, S. 125 ff., 223); ablehnend insoweit auch Lerche, Übermaß, S. 241 f. m. Fußn. 336 und Abel, Bedeutung, S. 31 ff.

Es ist deshalb an der Rechtsvermutung zugunsten subjektiver Rechte festzuhalten. Der objektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte fällt dabei die Aufgabe zu, neben der Gewährleistung gewisser Ordnungen und Rechtsprinzipien eine zusätzliche Sicherung⁵¹⁾ der grundsätzlich als subjektive Rechte aufgefaßten Grundrechtsnormen zu sein, die allerdings im Einzelfall auch nur objektiv-rechtlichen Charakter haben können.⁵²⁾

B. Grundrechtsgeltung und staatliche Strafgewalt

Schützt demnach die Verfassung die Freiheitsrechte des einzelnen in besonderem Maße, so hat der Verfassungsgesetzgeber dennoch einzelne Grundrechte für "einschränkbar"⁵³⁾ erklärt. Am umfassendsten greift dabei die staatliche Strafgewalt in die Freiheitssphäre des einzelnen ein, was seinen deutlichsten Ausdruck im Strafvollzug -und hier nicht zuletzt auch bei der Beschränkung des Postverkehrs- findet.⁵⁴⁾ Diesen Gegensatz zwischen der verfassungsmäßig geschützten Individualsphäre und der staatlichen Strafbefugnis und ihrer Verwirklichung im Strafprozeß und Strafvollzug gilt es deshalb zu untersuchen.

I. Die Geltungskraft der Grundrechte gegenüber der staatlichen Strafgewalt

1. Rechtfertigung der staatlichen Strafgewalt

Die Rechtfertigung der Strafe liegt allein darin, daß sie zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung als der

51) Vgl. E.v.Hippel, Grenzen, S.49, Fußn. 9; Hesse, Grundzüge, S. 116.

52) Vgl. Art. 7 Abs. 1, 3 S.1 und 2, Abs. 5 GG; siehe dazu Hesse, Grundzüge, S.111 u. oben S.13 Fußn. 22.

53) Vgl. z.B. die Fassung des Art. 8 Abs. 2; 17a Abs. 1; 19 Abs. 1 GG.

54) Mit Recht betont Sax, Grundrechte, III, 2, S.910, daß die Kriminalstrafe in "die gesetzlich garantierten Werte in der Person des Beschuldigten ..., in seine Ehre, seine Freiheit, sein Eigentum, ja insgesamt in seine Würde als Mensch vielfältig" eingreift.

Grundbedingung für das Zusammenleben der Menschen in der staatlichen Gemeinschaft notwendig ist. 55) Will die Staatsgewalt sich nicht selber preisgeben und das Bedürfnis der Gemeinschaft nach Gerechtigkeit nicht mißachten, dann kann sie nicht auf die Ausübung der Strafgewalt verzichten. 56) Primäre Aufgabe des Strafrechts ist es deshalb, die w i c h t i g s t e n -und wegen der Härte seiner Rechtsfolgen nur diese Bereiche des sozialen Zusammenlebens bzw. die sozial wichtigsten Interessen mit einem besonders starken Schutz zu versehen. 57)

Für das geltende Verfassungsrecht folgt diese Rechtfertigung insbesondere auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 Abs. 1 GG), 58) dessen essentielle Elemente die Rechtssicherheit und Gerechtigkeit sind. 59) Diese erfordern die Bestrafung derer, die in die Bereiche des sozialen Zusammenlebens eingedrungen sind, die im Interesse des Fortbestehens der staatlichen Gemeinschaft einen besonderen Schutz verdienen. Auch hat das Grundgesetz die staatliche Strafbefugnis -wie zahlreiche Erwägungen des Strafrechts in materiellen und formellen Vorschriften 60) beweisen-, zumindest implizit eindeutig bejaht.

55) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, S.40; Maurach, AT, S. 49.

56) Jescheck, a.a.O.

57) Vgl. Baumann, AT, S. 8 f.; Mezger-Blei, AT, S.351 f.; Arthur Kaufmann, JZ 67, 554.

58) Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 14 f. unter Ablehnung der Rechtfertigung der staatlichen Strafbefugnis aus der Tradition oder einer Ableitung aus einem naturrechtlich fundierten "staatlichen Strafanspruch"; vgl. auch Hamann, GG, S. 18 ff. und BVerfG 1, 418 (426); 2, 380 (403); 6, 432 (439).

59) BVerfGE 7, 194 (196); vgl. auch BVerfGE 3, 248 (253).

60) Vgl. z.B. Art. 9 Abs. 2; 11 Abs. 2; 26 Abs. 1 S.2; 46; 74 Ziff. 1; 102; 103; 104 GG. - Aus Art. 26 Abs. 1 S.2 GG will Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 14 f. sogar eine P f l i c h t des Staates herleiten, (ausreichendes) Strafrecht zu schaffen.

a.) Die Strafzwecke

Nicht den das Strafrecht erwähnenden Vorschriften des Grundgesetzes zu entnehmen sind dagegen Wesen und Zweck der Strafe, deren Deutung noch bis heute die Strafrechtswissenschaft stark beschäftigt.⁶¹⁾ Da aber der Umfang der staatlichen Strafbefugnis wesentlich durch die "Strafzwecke" bestimmt wird, ist auf den Streit um die "Strafzwecke" einzugehen.

Die Strafe wird auch heute überwiegend immer noch als ein Übel angesehen, das dem Täter wegen und nach Maß seiner *Schuldhaft*en Verfehlung auferlegt wird.⁶²⁾ Neben dem Vergeltungsgedanken wird der Strafe auch ein general- und spezialpräventiver Charakter beigelegt, allerdings mit der Betonung, daß kein Zweck dem anderen untergeordnet werden dürfe:⁶³⁾ Während es Ziel der *Generalprävention* sein soll, durch die Strafdrohung, die Bemessung der mit dem Urteil zu verhängenden Strafe und deren Vollzug psychisch und sozialpädagogisch auf die Allgemeinheit einzuwirken, um das Begehen strafbarer Handlungen zu verhindern, wird es als Ziel der *Spezialprävention* angesehen, mit dem Urteil und seinem Vollzug den Täter vor dem Begehen künftiger strafbarer Handlungen abzuhalten und die Gesellschaft für die Dauer

61) Vgl. hierzu Maurach, AT, S. 49 ff.; Mezger-Blei, AT, S. 351 ff.; Jescheck, AT, S. 39 ff.

62) Strafe als Tatschuldvergeltung, vgl. Welzel, LB, S. 231; Maurach, AT, S. 63 f.; Mezger-Blei, AT, S. 352; Baumann, AT, S. 16 f.; Arthur Kaufmann, JZ 67, 553 ff.; vgl. dagegen Roxin, JuS 66, 377 ff., der der Schuld nur regulativen Charakter beimißt, und insbesondere die Lehre von der *défense sociale*; vgl. auch § 59 Abs. 1 des Alternativ-Entwurfes.

63) So die sog. Vereinigungstheorien: "Prävention nur im Rahmen gerechter Vergeltung", vgl. Maurach, AT, S. 51 f.; Baumann, AT, S. 10 f. jeweils m. Nachw.; Mezger-Blei, AT, S. 344 ff., 350 ff.; Jescheck, AT, S. 44, 49 ff.; vgl. auch die "dialektische Vereinigungstheorie" Roxins, JuS 66, 377 ff. - Vgl. zum ganzen Bruns, Strafzumessungsrecht, AT, S. 235 ff., 305 ff., insbes. S. 322 ff. (326 ff.) mit zutreffender ablehnender Stellungnahme zur Berücksichtigung generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Bestimmung des Strafzweckes.

des Vollzuges vor dem Täter zu sichern, wobei durch individuelle Maßnahmen versucht werden soll, den Verurteilten zur Einsicht seiner Verantwortung zu bringen und ihn auf ein künftiges gemeinschaftsmäßiges Leben vorzubereiten (Resozialisierung).

b.) Klärung des Vollzugszieles

Wenn gegenüber diesem komplexen Strafbegriff vor allem innerhalb der Diskussion um eine zeitgemäße Reform des Freiheitsstrafvollzuges als Folgerung aus dem Sozialstaatsprinzip die **R e s o z i a l i s i e r u n g** bzw. **S o z i a l i s a t i o n** des Täters zum **a l l e i n i g e n** Vollzugszweck erhoben wird, ⁶⁴⁾ so wird hier meines Erachtens zu Recht davon Abstand genommen, die kriminalrechtlichen Belange des **V o l l z u g e s** mit dem für diesen unerquicklichen Streit über die Rechtfertigung staatlichen Strafsens zu belasten. Denn soll mit dem Urteilsausspruch insbesondere auch der Zweck der Vergeltung für das verschuldete Unrecht verfolgt werden, so wird der Richter dazu gezwungen, hauptsächlich nach **r ü c k w ä r t s** auf die vorwerfbare Tat mit größerem oder geringerem Unrechtsgehalt zu blicken. Dadurch wird er aber daran gehindert, nach **v o r w ä r t s** zu schauen, um die entscheidende Frage zu stellen, was mit einem zu solcher Tat gelangten, hinsichtlich seiner gemeinschaftswidrigen Einstellung decouvrierten Täter zu geschehen hat, um ihn auf den rechten Weg zu bringen. ⁶⁵⁾ Diesem kriminalrechtlichen Ziel vermag aber nur die Sozialisation zu entsprechen, nämlich dem Verurteilten während des Vollzuges der Freiheitsstrafe behilflich zu sein, sozialethisches Fehlverhalten zu korrigieren und ein Leben in Freiheit ohne Verletzung des Rechtsfriedens zu

64) Vgl. Müller-Dietz, MschKrim 67, 281 ff.; Würtenberger, JZ 67, 239; Eb. Schmidt, Tagungsberichte I, S. 28 ff. (30); Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 66 ff.; Ruprecht, Tagungsberichte II, S. 86 ff.; vgl. auch DBB-Dokumente, Heft 2 und §§ 37-39 des Alternativ-Entwurfes.

65) Eb. Schmidt, a.a.O., S. 29.

führen. 66) Hieraus ergibt sich dann die Aufgabe, die Gefangenen zu sozialisieren, die noch nie gesellschaftsfähig waren, und diejenigen zu resozialisieren, die der Wiedereingliederung in die Gesellschaft bedürfen, und alle Tätergruppen vor einer Entsozialisierung während der Strafverbüßung zu bewahren. 67)

Ist aber "Sozialisation" der alleinige Vollzugszweck, so müssen all die "Zwecke" ausgeschaltet werden, die durch den Vollzug z u s ä t z l i c h "Sicherung", "Sühne", "Vergeltung" oder ein "Strafübel" verwirklicht sehen wollen. 68) "Sicherung" deshalb, weil das, was der zwangsweise Freiheitsentzug schon begriffsnotwendig impliziert, sozusagen ihr "Wesen" ist, nicht zugleich Gestaltungsmaxime für die Zeit der Strafverbüßung sein kann. Nicht viel anderes kann auch für die übrigen "Zwecke" gelten; denn der strafweise Entzug der Freiheit i s t ein auferlegtes Leiden, dem als eigentlicher Makel der sich erst nach Verbüßung der Strafe auswirkende soziale Tadel anhängt. Insofern wäre es verfehlt, das durch den Freiheitsentzug a u f e r l e g t e Strafleiden nun abermals als a u f z u e r l e g e n d e s Leiden zum Maßstab der Vollzugsgestaltung werden zu lassen, oder die "Sühne" als einen reinen, sich jeder Konstatuierbarkeit entziehenden Innenvorgang zum Vollzugszweck zu deklarieren.

Das muß aber, wie später im einzelnen noch auszuführen sein wird, gerade für den Bereich des Postverkehrs tiefgreifende Auswirkungen haben, da nach herkömmlicher Auffassung die sowohl physische als auch psychische A b s p e r r u n g, d.h. die Unterbindung jeglichen Verkehrs mit der Außenwelt, grundsätzlich zum Strafübel,

66) Schüler-Springorum, a.a.O., S. 67 ff.; Ruprecht, a.a.O., S. 86.

67) Ruprecht, a.a.O., S. 86 f.

68) Vgl. dazu im einzelnen Schüler-Springorum, a.a.O., S. 67 ff., dem hier gefolgt werden soll.

und damit zum Wesen der Freiheitsstrafe gehört. 69)

2. Strafgewalt und Grundrechte

Mit der Notwendigkeit der staatlichen Strafgewalt sind jedoch unumgänglich auch Beschränkungen der Grundrechte verbunden, und in der Beschränkung der persönlichen Freiheit findet sie ihren stärksten und zugleich wirksamsten Ausdruck. Auch eignen sich gerade Grundrechtsbeschränkungen als Strafübel in besonderem Maße.

So ist es nicht verwunderlich, daß für das Verhältnis zwischen Strafgewalt und Grundrechten die staatliche Strafgewalt als außerhalb der Verfassung, dieser vorgegeben und nur gewissen sachlichen und institutionellen Garantien unterworfen, 70) oder der Strafgesetzgeber als "selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als an diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung gezogen habe", 71) angesehen wurde.

Unter der Geltung des Grundgesetzes kann von einer solchen Unabhängigkeit oder Souveränität der staatlichen Strafgewalt jedoch nicht mehr ausgegangen werden. Zwar sind die Wertordnung des Grundgesetzes und die strafrechtliche Rechtsgüterordnung insoweit nicht identische Ordnungen, als letztere nur einen "Kernbereich vorgegebener sozialetischer Werte", wie z.B. Leben, körperliche Integrität, Ehre und Freiheit schützt, im übrigen aber eine "eigenständige Schutzordnung" darstellt, die

69) Vgl. z.B. Basta, Anstaltsgewalt, S. 31 für die frühere und OLG Saarbrücken JVB1 61, 167; OLG Bremen NJW 63, 1465; KG NJW 66, 1089 und NJW 69, 672 für die gegenwärtige Rechtslage.

70) Vgl. W. Middendorff, RdJ Jg 3 (1955), 141 und dazu die zutreffende Ablehnung von Stree, Deliktsfolgen, S. 1, Fußn. 3.

71) So RGZ 139, 177.

nicht derartige Werte beinhaltet. 72) Aber angesichts der in Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG ausgesprochenen Bindung der Gesetzgebung auf allen Gebieten, der verfassungsmäßigen Absicherung der in diesen Artikeln des Grundgesetzes zum Ausdruck gekommenen Wertung durch Art. 79 Abs. 3 GG, der überragenden Stellung des Gebotes der Wahrung der Menschenwürde, der speziellen Bestimmungen unseres Grundgesetzes zur Beschränkung des Strafgesetzgebers 73) und des allgemeinen Gebotes verfassungskonformer Auslegung muß man doch zu einer im einzelnen mehr oder minder differenzierten, aber grundsätzlichen Bindung der staatlichen Strafgewalt durch die Verfassung, aber auch zu einer wechselbezüglichen Beeinflussung 74) kommen. 75)

So bedarf es vor allem im Bereich des Strafprozesses, der unter dem ständigen Spannungsverhältnis zwischen der möglichst vollständigen Durchsetzung des materiellen Rechts und der möglichst vollständigen Freiheit des einzelnen von Eingriffen der Strafverfolgungsorgane steht, 76) und im Bereich des Strafvollzuges als einschneidendstem Eingriff des Staates in die persönliche Freiheit einer genauen Ausrichtung auf die Verfassung. 77)

In Anbetracht dieser grundsätzlichen und umfassenden Geltungskraft der Grundrechte gilt es deshalb, ihre Grenzen und damit auch die der staatlichen Strafgewalt zu bestimmen.

72) So grundlegend Sax, Grundrechte, III, 2, S.911 ff., 913 und im Anschluß daran Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 25 ff. und NJW 62, 1846 f.; vgl. auch Tiedemann, Rechtsstellung, S. 77 ff.

73) Insbesondere Art. 102, 103 Abs. 2 und 3, 104 GG; dazu sind auch Art. 20, 28 GG als Verkörperung des Sozialstaatsprinzips zu zählen.

74) Die Strafgesetze als "allgemeine Gesetze" vermögen gewisse Grundrechte zu beschränken, vgl. BVerfG JZ 61, 536; zu weitgehend allerdings demgegenüber die Auffassungen, die ganze Teilgebiete des geltenden Strafrechts für verfassungswidrig erklären, so etwa Hellmer, RdJ Jg 3 (1955), 138 f.

75) Vgl. außer den in Anm. 72 Zitierten auch Stree, Deliktsfolgen, 2 ff. (5) und Hamann, GG, S. 43.

76) Vgl. Peters, Strafprozeß, S. 66 ff.

77) Baumann, Festschrift für Eb.Schmidt, S.527 f., 531 f.

II. Das traditionelle "Eingriffs- und Schrankendenken" und die "inhaltlichen Grenzen" der Grundrechte

Seinem Wortlaut nach geht das Grundgesetz nur von einer "durch Gesetz" oder "auf Grund eines Gesetzes" zulässigen "Beschränkung", "Einschränkung" oder "Schrankenbestimmung" ⁷⁸⁾ solcher Grundrechte aus, die einen derartigen dem Gesetzgeber eingeräumten Vorbehalt ausdrücklich enthalten. Die diese Vorbehalte ausfüllende Gesetzgebung, die sog. Vorbehaltsgesetzgebung, wird deshalb herkömmlicherweise und überwiegend als ein **E i n - g r i f f v o n a u ß e n** in die grundrechtliche Sphäre, in ihren eigentlichen Inhalt angesehen. Der Gesetzgeber ist in diesen Fällen ermächtigt, **S c h r a n k e n** für die Betätigung des Grundrechtes aufzurichten (sog. Eingriffs- und Schrankendenken). ⁷⁹⁾

Von diesen in speziellen Gesetzesvorbehalten begründeten Grundrechtseinschränkungen konstitutiven Charakters werden die **a l l e n** Grundrechten bereits von Verfassung wegen innewohnenden **i m m a n e n t e n** "Grenzen" oder "(Gewährleistungs-)Schranken" getrennt, innerhalb deren jedes Grundrecht nur zur Entstehung gelange. Da es sich insoweit nicht um das Grundrecht von außen beschränkende, sondern nur um das einzelne Grundrecht konkretisierende, seinen Geltungsbereich interpretierende "Schranken" handeln soll, wird der Gesetzgeber in diesen Fällen für befugt angesehen, auch solche Grundrechte "einzuschränken", die keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt enthalten. ⁸⁰⁾

78) Vgl. Art. 5 Abs. 2; 8 Abs. 2; 10 Abs. 2 S.1; 14 Abs. 1 S.2; 19 Abs. 1 GG.

79) Scholtissek, NJW 52, 562; Maunz, Staatsrecht, S. 105; Krüger, DÖV 55, 599; BVerfGE 7, 377, (404); 13, 97 (122); Hamann, GG, S. 63 f., 194 f.

80) Vgl. z.B. Maunz, Staatsrecht, S. 105; insbes. v. Mangoldt-Klein, S. 123 ff.; Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 92 ff., 96. - Hierzu zählen alle Theorien "immanenter Schrankenbestimmung" und einer Begrenzung durch "höherwertige Rechtsgüter". Vgl. dazu im folgenden die einzelnen Nachweise.

Während diese Lehre von den allen Grundrechten innewohnenden "immanenten Schranken" grundsätzlich noch an dem oben beschriebenen traditionellen Eingriffs- und Schrankendenken festhält, wird von einigen nicht unbedeutenden Stimmen innerhalb des neueren Schrifttums der in dieser Lehre zum Ausdruck gekommene Gedanke, daß der Gesetzgeber die "Grenzen" der Grundrechte konkretisieren könne, aufgegriffen und derart fortgeführt, daß n u r n o c h die Frage nach der "Geltung" der Grundrechte, d.h. nach dem Geltungsbereich der abstrakt gefaßten Grundrechtsnorm, gestellt wird.⁸¹⁾ Dabei wird dann dem Gesetzgeber sogar die Aufgabe zuerkannt, j e d e s Grundrecht -also auch das im Rahmen dieser Arbeit in Betracht kommende, ohne Einschränkungsvorbehalt versehene und j e d e r m a n n einzeln oder gemeinschaftlich zustehende Petitionsrecht des Art. 17 GG⁸²⁾ - inhaltlich "auszugestalten",⁸³⁾ seine "wesensmäßige (immanente) Grenze" zu "konkretisieren",⁸⁴⁾ ja konkretisieren zu müssen, da erst hierdurch von dem Grundrecht Gebrauch gemacht werden könne.⁸⁵⁾

Damit erscheint die Grundrechtsbeschränkung nicht mehr als ein von der Verfassung ausdrücklich und nur ausnahmsweise zugelassener Eingriff von außen, sondern nur noch als eine Konkretisierung i n n e r e r

81) So insbesondere Eike v. Hippel, Grenzen, S. 16 ff., 25 f., 40; vgl. auch Hesse, Grundzüge, S. 123 f.

82) Siehe dazu die damit verbundene und im Rahmen der Themenstellung auftauchende Problematik, oben S. 10 f.

83) Hier soll wegen ihrer Tragweite insbesondere auf die umfassende und in der Literatur stark beachtete Konzeption P. Häberles, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe 1962, eingegangen werden; dort insbesondere S. 126 ff., 180 ff. (182).

84) Vgl. Häberle, a.a.O., S. 57, 183 f.

85) Häberle, a.a.O., 181 ff., (183); E. v. Hippel, Grenzen, S. 40, 52; vgl. auch Hamel, Bedeutung, S. 45.

Grenzen. Wenn dann insoweit jedes Grundrecht seine Grenzen durch "entgegenstehende höherwertige Rechtsgüter" finden soll,⁸⁶⁾ oder wenn von obiger Grundlage aus gefolgert wird, "die besonderen Gewaltverhältnisse (wozu der Strafvollzug gezählt wird) stellten als Bestandteile der materialen Allgemeinheit des verfassungsrechtlichen Wertsystems" eine solche Grenze der Grundrechte⁸⁷⁾ ebenso dar wie "das verfassungsmäßige Strafrecht",⁸⁸⁾ ja, "die Bestrafung des Diebes (gehöre) zum Inhalt des Rechtes auf persönliche Freiheit"⁸⁹⁾ - dann ist hiermit ein Punkt erreicht, der wegen seiner weittragenden Konsequenzen und dem damit verbundenen -von der hier vertretenen Auffassung- abweichenden Verhältnis von Freiheit und Gesetz eine Überprüfung dahingehend notwendig macht, ob die von dem traditionellen Eingriffs- und Schrankendenken stillschweigend oder ausdrücklich sich distanzierenden Theorien zur Bestimmung "immanenter Schranken" mit dem Grundrechtsverständnis unserer Verfassung in Einklang zu bringen sind.⁹⁰⁾ Denn daß sich aufgrund dieser Theorien und der von ihnen angebotenen Maßstäbe leicht

86) Vgl. BVerwGE 1, 48 (52); 7, 125 (139); E.v.Hippel, Grenzen, S. 25 f., 30, 54.

87) Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 36; ebenso v. Mangoldt-Klein, S. 129, 136 f., wo "das Stehen in einem Besonderen Gewaltverhältnis" als persönliche immanente Gewährleistungsschranke der Grundrechte angesehen wird; auch Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 92 ff., allerdings mit Ausschluß der Strafvollzugsanstalten, bei denen er eine Vorbehaltsschranke annimmt (97 ff.); ebenso Wolff, Verwaltungsrecht, II, S. 323 f., vgl. BayVerfGH NJW 63, 1774: aus Sinn und Zweck der Gewaltverhältnisse ergeben sich Gewährleistungsschranken für einzelne Grundrechte; wohl auch Schnorr, JuS 63, 298.

88) Häberle, a.a.O., S. 37; auch Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 76 (das "echte" Kriminalstrafrecht).

89) Häberle, a.a.O., S. 26 vor Anm. 150.

90) Wegen des hier gestellten Themas sollen nur die wichtigsten und wegen ihrer Konsequenzen für die sich insbesondere aus Art. 17 GG ergebende Problematik exponiertesten Meinungen berücksichtigt werden.

eine Beschränkung des Postverkehrs für alle erdenklichen Fälle -insbesondere auch für Petitionen⁹¹⁾- rechtfertigen läßt, bedarf schon angesichts der oben nur angedeuteten Folgerungen hier zunächst lediglich eines kurzen Hinweises. Insoweit ist es auch im Hinblick auf ein zu schaffendes Vollzugsgesetz wichtig zu klären, welche Befugnisse dem grundrechtsbeschränkenden Gesetzgeber von der Verfassung eingeräumt werden.

1. Die Lehren zur Bestimmung wesensmäßiger (immanenter) Grundrechtsgrenzen

Gemeinsamer Ausgangspunkt für das Problem, ob jedes Grundrecht immanente Grenzen habe und wie diese gegebenenfalls zu bestimmen seien, ist die These, daß keine Grundrechtsnorm unumschränkt gelten könne, daß also gewisse -geschriebene oder ungeschriebene- "Grenzen" bestünden, ohne die ein geordnetes Zusammenleben der Menschen undenkbar wäre.⁹²⁾ Neben der individualrechtlichen Seite stehe in einem Verhältnis der Gleichrangigkeit die im einzelnen unterschiedliche "soziale Funktion" der Grundrechte, durch die sich die Grundrechte "als konstitutive Elemente des verfassungsrechtlichen Wertsystems" bewährten.⁹³⁾ Es gehe

91) Vgl. z.B. Hans, Rpfleger 62, 436; v. Mangoldt-Klein, S. 512.

92) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 69 aE; E. v. Hippel, Grenzen, S. 21; Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 46 f.; Hesse, Grundzüge, S. 126; Fechner, Soziologische Grenze, S. 3 f.

93) Häberle, a.a.O., S. 8 ff. (11), 46 f. Nach ihm "folgt das Postulat der sozialen Funktion der Grundrechte aus dem Rechts- und Grundrechtsbegriff als solchem" (9). Durch diesen Begriff, nämlich die soziale Funktion der Rechte und Freiheiten, würden Gesetzgeber und Individuum in Grenzen gehalten, die beide die "klassischen und potentiellen und aktuellen Feinde des Rechts und der Freiheit" seien (10). Vgl. auch Fechner, a.a.O., S. 3 f.

um eine "verhältnismäßige Zuordnung von Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern, ⁹⁴⁾ um ihre "wechselseitige Bedingtheit". ⁹⁵⁾

Ist man sich über das Bedürfnis nach einer "Schrankenziehung" im wesentlichen einig, ⁹⁶⁾ bestehen doch über die Kriterien, nach denen die "Grenzen" der Grundrechte zu ziehen sind, verschiedenste und in ihrer "Radikalität" abgestufte Konzeptionen.

a.) Die Bestimmung durch die "Schrankentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG

aa.) So unterscheidet Klein ⁹⁷⁾ neben den ausdrücklichen, die Grundrechte von außen begrenzenden Vorbehaltsschranken drei Arten von allgemeinen "immanenten Schranken": erstens die "sachlich und persönlich immanenten Gewährleistungsschranken", die sich entweder aus dem "Begriff des gewährleisteten Objekts" (Glauben, Kunst, Wissenschaft, Eigentum usw.) oder aus der Person des Grundrechtsinhabers, d.h. z.B. aus seinem "Deutschsein", seiner Wahlmündigkeit oder aus seinem "Stehen in einem Besonderen Gewaltverhältnis", ergeben; ⁹⁸⁾

94) Hesse, Grundzüge, S. 28 f., 125 f.

95) Häberle, a.a.O., S. 12: "Da eine Fülle von Rechtsgütern ihrerseits den Bestand der Gemeinschaft (für den die Grundrechte notwendige Rechtsgüter sind) bedingen, sind diese Rechtsgüter wiederum Bedingung für die Grundrechte."

96) v. Mangoldt-Klein, S. 120; Nipperdey, Grundrechte, IV, 2, S. 741 ff. (767).

97) v. Mangoldt-Klein, S. 123 ff.

98) v. Mangoldt-Klein, S. 123 ff., 127 ff., 136.- Gewährleistungsschranken sind nach Klein solche Schranken der Grundrechte, Einrichtungsgarantien, Grundsatznormen und grundrechtlichen Auslegungsregeln, die in der Art und Weise ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst enthalten sind. - Zustimmend Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 92 ff., der die Anstalten als (sachliche) Gewährleistungsschranken ansieht; vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 323 ff.; BayVerfGH NJW 63, 1774 und schon oben Fußn. 87.- Bei der Ermittlung dieser Schranken will Klein die geistesgeschichtliche Entwicklung der Grundrechtsbestimmungen und die mit diesen jeweils zusammenhängenden positiven außerverfassungsrechtlichen Regelungen berücksichtigen, wobei sich allerdings in der Regel die fraglichen Begriffe und der Personenkreis entweder aus der Verfassung oder aus sich selbst bestimmen lassen. - Ähnlich auch Hesse, Grundzüge, S. 123 f.

zweitens die "systematischen immanenten Gewährleistungsschranken", die "aus dem gegenseitigen Verhältnis der entsprechenden Grundrechtsbestimmungen zueinander" folgen; ⁹⁹⁾ und drittens die sich aus dem sog. allgemeinen **Gemeinschafts-**
vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG ergebenden und nur in die vorbehaltstfreien Grundrechte einzublenkenden allgemeinen (verfassungsunmittelbaren) Schranken (Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung, Sittengesetz). ¹⁰⁰⁾

bb.) Diese dritte Schranke, die sog. **Schrankenkentrias**, wird dann auch überwiegend als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung "allgemeiner Schranken" herangezogen. Dabei besteht insbesondere darüber Streit, in welcher Form diese Schrankentrias auf die nachfolgenden Einzelfreiheitsrechte -seien sie nun mit oder ohne einen speziellen Gesetzesvorbehalt versehen- zu übertragen und wie der Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" zu bestimmen ist. ¹⁰¹⁾

Bezüglich der Stellung des Art. 2 Abs. 1 GG zu den anderen Grundrechten nimmt man zum Teil an, er sei das "Stamm"- oder "Mutter"-Freiheitsrecht aller nachfolgenden grundrechtlich verbrieften Einzelfreiheitsrech-

99) Hierunter faßt er die Fälle von Grundrechtskollisionen, bei denen eine gewisse "Güterabwägung" dahingehend vorgenommen werden soll, ob etwa die (systematisch) einzuschränkende Grundrechtsbestimmung der anderen, gleichzeitig in Anspruch genommenen, ihrem Inhalt nach derart vorgeht, daß sich eine solche Einschränkung verbietet, wodurch unter Umständen dann auch die andere, gleichzeitig in Anspruch genommene Grundrechtsbestimmung erweitert wird; a.a.O., S.125.

100) A.a.O., S. 130, 175 ff.

101) Vgl. zum ganzen Nipperdey, Grundrechte, IV, 2, S. 758 ff., 803 f., 809 ff.; Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 52 ff. und bezeichnend S. 61-81, auf denen versucht wird, eine Begriffsbestimmung zu gewinnen.

te. 102) Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, Art. 2 Abs. 1 GG sei eine generelle Freiheitsgarantie, die isoliert über den speziellen, durch abgestufte Gesetzesvorbehalte begrenzten Einzelfreiheitsrechten stehe. 103) Schließlich soll nach einer vermittelnden Ansicht in dem "Hauptfreiheitsrecht" des Art. 2 Abs. 1 GG eine objektive Wertentscheidung zum Ausdruck gekommen sein, die auf die Nachfolge-Grundrechte ausstrahle und bei deren Auslegung mit zu berücksichtigen sei. 104)

Im Rahmen dieser Auseinandersetzung werden dann wiederum die verschiedensten Ansichten darüber vertreten,

102) BGHZ 24, 72 (78), mit der Folge, daß die Schrankentrias als allen Nachfolgegrundrechten mitgegebene, immanente Schrankenregelung angesehen wird; vgl. Krüger, DVBl 50, 626 f.; Köttgen, Grundrechte, II, S. 310; Wernicke, BK, Erl. 1 b zu Art. 2; Erbel, Kunstfreiheitsgarantie, S. 120 f.

103) So das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, vgl. z. B. BVerfGE 6, 32 (37); ferner das BVerwG: vgl. z. B. BVerwGE 5, 153 (158) und der BGH DVBl 53, 472; Scholtissek, NJW 52, 563; wohl auch Maunz, Staatsrecht, S. 104. Hiernach soll Art. 2 GG als selbständiges Grundrecht zu den anderen im Verhältnis der lex generalis zur lex specialis stehen, so daß die "Schrankentrias" nur dann Anwendung findet, wenn sich zwischen den Spezialfreiheitsrechten eine Rechtsschutzlücke ergibt. - Zu demselben Ergebnis kommen auch diejenigen, die entgegen der zu Recht bestehenden herrschenden Meinung (Nipperdey, Grundrechte, IV, 2, S. 742 ff.; Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 5) die Grundrechtsqualität des Art. 2 GG leugnen, so v. Mangoldt-Klein, S. 107, 130, 177; Wertbruch, DVBl 58, 481; Wehrhahn, AöR 82, (1957), 267 f.

104) Nipperdey, Grundrechte, IV, 2, S. 758, 767; Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 6 ff., 69 ff. (72); Hamel, Grundrechte, IV, 1, S. 69, 80; Bachof, Grundrechte, III, 1, S. 167; JZ 57, 337.

wie der Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" zu interpretieren sei, so daß als deren Folge eine nur schwer übersehbare Anzahl von Formeln und Klauseln verzeichnet werden kann. 105)

Hierbei ist man insgesamt bemüht, eine elementare Klausel zur Bestimmung immanenter Schranken zu finden, durch die ein größtmöglicher Schutz des einzelnen vor Eingriffen der staatlichen Gewalt, aber auch die Abwehr der dem Staat durch den Mißbrauch der Freiheit drohenden Gefahren zum Wohle der Allgemeinheit gewährleistet werden soll. 106) Aber auch über die Bestimmung des Begriffspaares "Rechte anderer" und "Sittengesetz" besteht nicht völlige Klarheit. 107)

105) Überwiegend wird von den "elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers" gesprochen (vgl. BGHSt 4, 395; v. Mangoldt-Klein, S. 182; Dürig, AöR 79 (1954), 66); auch von den "maßgebenden Grundprinzipien der Verfassung" (Nipperdey, BB 51, 594); der "verfassungsmäßigen Rechtsordnung", d.h. der "Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind" (BVerfGE 6, 32 - Elfes Urteil); BVerfGE 4, 336; 18, 269; wohl auch Maunz, Staatsrecht, 15. Aufl., S. 103); der sog. "Nichtstörungsklausel", die auch die "öffentliche Ordnung und Sicherheit" im Sinne des Polizeirechts beinhaltet (Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 79 ff.); der "Gemeinwohlklausel" (Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, S. 663; Nipperdey, Grundrechte, IV, 2, S. 813 ff.); der "Immanenzklausel" (Scheuner, Recht-Staat-Wirtschaft, III, S. 159); der "Zumutbarkeitsklausel" (BVerfGE 4, 16); der "Existenzklausel" (Krüger, NJW 55, 204); im letzteren Sinne auch Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 80 ff., der auch die sog. ordnungserhaltenden Anstalten (z.B. die Strafvollzugsanstalten) zur verfassungsmäßigen Ordnung zählt: Da auf die Existenz dieser Anstalten nicht verzichtet werden könne, würden hierdurch notwendigerweise die Grundrechte beschränkt (S. 84 ff.); usw.

106) Vgl. Nipperdey, Grundrechte, IV, 2, S. 815.

107) So insbesondere für den Begriff "Sittengesetz" wegen seiner äußeren Wandelbarkeit, vgl. Nipperdey, IV, 2, S. 820 ff.; Brinkmann, Grundgesetz, Art. 2, I, 3d; vgl. auch E.v.Hippel, Grenzen, S. 33 m. Fußn. 45.

Dabei wird allerdings eine Begrenzung eines Rechtes durch die (gleichwertigen) Rechte anderer noch am ehesten als "immanent" angesehen. ¹⁰⁸⁾

- b.) Die Begrenzung durch "entgegenstehende höherwertige Rechtsgüter" und der Generalvorbehalt der "allgemeinen Gesetze"

aa.) Angesichts dieser Schwierigkeit, den Inhalt sämtlicher drei Begriffe, besonders in kritischen Grenzfällen, zu ermitteln, versucht Eike v. Hippel, ¹⁰⁹⁾ das Problem der den Grundrechten immanenten Schranken von einem völlig neuen Ausgangspunkt zu lösen.

In bewußter Abkehr vom traditionellen Eingriffs- und Schrankendenken ¹¹⁰⁾ stellt er die Frage, für welche konkreten Fälle die abstrakt gefaßte Grundrechtsnorm gelte. ¹¹¹⁾ Zu beantworten sucht er sie -im Anschluß an die "Gemeinschaftsklausel" des BVerwG ¹¹²⁾- mit der allgemeinen Formel, daß jede Grundrechtsnorm -auch soweit sie zugunsten des Gesetzgebers keinen Vorbehalt enthält- nur gelte, "wenn und soweit dem geschützten Freiheitsinteresse keine höherwertigen Interessen entgegenstehen". ¹¹³⁾ Insoweit dürfe der Gesetzgeber auch j e d e s Grundrecht beeinträchtigen. ¹¹⁴⁾ Eine Be-

108) Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 30 f.; Brinkmann, Grundgesetz, Art. 2, I, 3a, b, der die "Rechte anderer" als "Grundschränke", die beiden anderen Begriffe als ungerechtfertigte alternative "Zusatzschränke" ansieht (3 c, d).

109) Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965.

110) A.a.O., S. 25/26, 51 ff., 63.

111) A.a.O., S. 16 ff. (19), 25.

112) A.a.O., S. 39 f. - Nach der Rechtsprechung des BVerwG, BVerwGE 1, 48 (52); 2, 295; 7, 125 (139) darf ein Grundrecht dann nicht in Anspruch genommen werden, "wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden".

113) A.a.O., S. 25 f., 30, 40, 54, 56, 58, 63.

114) A.a.O., S. 40.

wertung dieser Interessen soll nach der Ansicht v. Hippels "allein nach der objektiven Wertordnung der Verfassung, nach der Rangfolge, die sich auf Grund dieser Wertordnung für die einzelnen Rechtsgüter ergibt", ¹¹⁵⁾ vorgenommen werden. Gesetzgeberische Willkür hält v. Hippel dadurch für ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber nicht nach seinem Gutdünken über das Rangverhältnis von Freiheitsinteresse und sonstigem Interesse befinden dürfe, zumal er die Beweislast dafür trage, daß eine Beeinträchtigung des Freiheitsinteresses zum Schutze höherwertiger Rechtsgüter erforderlich sei. ¹¹⁶⁾

Mit Hilfe dieser Überlegungen will v. Hippel dann auch die Frage lösen, ob und inwieweit Grundrechte in den sog. "besonderen Gewaltverhältnissen" gelten. ¹¹⁷⁾

bb.) Ähnlich wie v. Hippel verwirft auch P. H ä - b e r l e ¹¹⁸⁾ das traditionelle Eingriffs- und Schrankendenken. Sein Grundrechtsverständnis, das nicht als "liberal" bezeichnet werden will, ¹¹⁹⁾ sieht in den Grundrechten nicht mehr die Gewährleistung einer "staatsfreien", d.h. einer der rechtlichen Eingrenzung entrückten Sphäre des Bürgers, ¹²⁰⁾ die "Gegenrechte gegen den Staat", ¹²¹⁾ sondern begreift die grundrechtlichen Freiheiten als mehr oder weniger rechtlich geordnete, gebun-

115) A.a.O., S. 39 f.; als oberstes Ziel des Grundgesetzes sieht er es an, "eine freiheitliche und gerechte Gesamtordnung zu ermöglichen".

116) A.a.O., S. 40 Fußn. 76.

117) A.a.O., S. 58.

118) Wesensgehaltsgarantie, S. 56, 126 ff., 179 ff., 222 ff.

119) A.a.O., S. 19, 25, 27, 90, 150 ff.

120) A.a.O., S. 146, 150 f., 161; vgl. auch Hesse, Grundzüge, S. 77 und Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S. 5.

121) A.a.O., S. 19 f.

dene und begrenzte Freiheiten.¹²²⁾ Wegen ihres institutionellen¹²³⁾ und sozialen¹²⁴⁾ Gehaltes könne auch nicht mehr von einer Antinomie Freiheit-Gesetz ausgegangen werden,¹²⁵⁾ sondern nur von einem "Ineinanderstehen",¹²⁶⁾ von einer wesensmäßigen (immanenten) Zuordnung.¹²⁷⁾ Die Gesetzgebung im Grundgesetzbereich sei deshalb nicht als dem Grundrecht entgegengesetzt anzusehen,¹²⁸⁾ sondern sie habe die "Funktion",¹²⁹⁾ j e d e s Grundrecht in seinem Wesensgehalt "auszugestalten",¹³⁰⁾ zu "interpretieren".¹³¹⁾ Die Vorbehaltsgesetzgebung sei deshalb "Konsequenz der Grundrechte": sie bedeute "Stärkung, Bekräftigung und Verwirklichung der Grundrechte".¹³²⁾

Häberle unterwirft dennoch j e d e s Grundrecht einem Gesetzesvorbehalt, und zwar dem Vorbehalt der "allgemeinen Gesetze",¹³³⁾ unter denen er solche Gesetze versteht, "die von der Verfassung gegenüber dem

122) A.a.O., S. 46, 92 ff., 101, 145 ff., 183.

123) A.a.O., S. 70 ff., 82 ff., 183 f.

124) A.a.O., S. 8 ff., 183 ff.

125) A.a.O., S. 26, 53, 225 ff., 229.

126) A.a.O., S. 53, 183.

127) S. 207.

128) S. 180 ff.

129) S. 185.

130) S. 182 ff., 190 ff.

131) A.a.O., S. 186 f. Diese Interpretation begreift er jedoch nicht in einem engeren Sinne; Grundrechtsbegrenzung und Grundrechtsausgestaltung durch den Gesetzgeber ist deshalb "rechtsschöpfende Konkretisierung", "mehr Sinngebung als Sinndeutung" (187).

132) S. 203; ähnlich S. 202: "Die gesetzgeberischen Normierungen im Grundrechtsbereich sind als Aus-führung K o n s e q u e n z der Verfassung".

133) S. 32. - "Allgemein" versteht Häberle hier in dem materialen Sinn, den ihm Smend (VVDStRL 4, (1928), 44 ff.) und Kaufmann (VVDStRL 4, 77 (81 f.)) speziell bei der Auslegung des Art. 118 WV gegeben haben. - Ähnlich auch E.v.Hippel, Grenzen, S. 26 ff.

betreffenden Grundrecht als gleich- oder höherwertig ausgewiesen sind". ¹³⁴⁾ Diese Gesetze stellten gleichzeitig die wesensmäßigen (immanenten) Grundrechtsgrenzen dar, deren Bestimmung sich aus der "Totalität des verfassungsrechtlichen Wertsystems ..., auf die jedes Grundrecht wesensmäßig hingeeordnet" sei, ergebe. ¹³⁵⁾ Häberle sieht es deshalb als spezifische Aufgabe des Gesetzgebers an, "das Wesen der Grundrechte abzutasten und zu erfüllen". ¹³⁶⁾

2. Kritische Stellungnahme

Versucht man eine kritische Analyse der oben aufgezeigten Theorien zur Bestimmung "immanenter Grundrechtsgrenzen", so wird man ihrem Ausgangspunkt zustimmen müssen, daß kein Grundrecht unumschränkt gelten kann. Denn der Satz, es gehöre nicht zur Freiheit, die Freiheit anderer zu verletzen (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG), gilt unabhängig irgendwelcher Wertvorstellungen und muß zu einer wechselseitigen Respektierung der einzelnen Freiheitssphären führen. Auch wird man nicht bestreiten können, daß die einzelne Grundrechtsbestimmung in sich selbst Beschränkungen der Freiheit enthält ¹³⁷⁾ und daß sie einer Interpretation oder Ausgestaltung zugänglich

134) A.a.O. - Häberle bekennt sich damit auch zum Prinzip der Güterabwägung, S. 31 ff., 51 ff.

135) S. 51; die "Wertigkeit" der Grundrechte und der sie begrenzenden Rechtsgüter ergibt sich aus dem "Ganzen der Verfassung" (51), jedoch nur aus der Verfassung (32).

136) Häberle, a.a.O., S. 205.

137) So begrenzen z.B. Art. 4 Abs. 3 S.1 GG das Grundrecht der Wehrdienstverweigerung auf die Verweigerung des Wehrdienstes mit der Waffe; Art. 5 Abs. 1 S.1 die Informationsfreiheit auf die Information aus allgemein zugänglichen Quellen oder Art. 8 Abs. 1 die Versammlungsfreiheit auf die Veranstaltung "friedlicher" Versammlungen; vgl. Hesse, Grundzüge, S. 123.

und bedürftig ist. 138)

Erhebliche Bedenken müssen jedoch gegen die zur Lösung dieser Problematik verwandten Wertmaßstäbe erhoben werden. Dabei soll allerdings nicht verkannt werden, daß es sich hierbei wohl um das schwierigste und fundamentalste Wertungsproblem im Bereich der Verfassung handelt. 139) Im Rahmen dieser Arbeit kann es deshalb nicht letztgültig gelöst werden; wegen der Bedeutung dieser Problematik und ihrer Konsequenz auch für das hier zu behandelnde Thema muß aber die Fragwürdigkeit der dargestellten Lösungsversuche aufgezeigt werden.

a.) Ablehnung einer Schrankenbestimmung durch die "Schränkentrias"

aa.) Gegen die herrschende Schrankenlehre, die die "Schränkentrias" des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeinen "Gemeinschaftsvorbehalt" auf alle Grundrechte -also auch auf die ohne verfassungsförmliche Schranke 140)- erstrecken will, spricht zunächst eine mehr praktische Überlegung. Denn angesichts der eindeutigen Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes 141) und der ihr folgenden Verfassungspraxis in Verwaltung und Rechtsprechung, 142) Art. 2 Abs. 1 GG stehe zu den nachfolgenden Grundrechten im Verhältnis der lex generalis zur lex specialis, kann dieser Lehre nur noch eine unterge-

138) Vgl. Hesse, a.a.O., S. 121 ff.

139) Kimminich, JZ 65, 743.

140) Vgl. außer den in Fußn. 102 Genannten insbesondere noch BGH GA 1961, 240; BayObLG NJW 64, 1150; OLG Düsseldorf FamRZ 65, 459; LG Hamburg NJW 63, 675 und Leiss, NJW 62, 2323.

141) Vgl. die ständige Rechtsprechung des BVerfG seit BVerfGE 6, 32 ff. (Elfes-Urteil); 6, 432 f.; 7, 119; 9, 343; 13, 296; 17, 313 ff.; 19, 95 f.; 20, 154 ff.; 20, 272; 20, 329.

142) Vgl. z.B. BVerwGE 6, 141; 18, 269; 19, 341 f.; BSGE 9, 206 und 11, 212; zustimmend Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 48.

ordnete, rein theoretische Bedeutung im Verfassungsleben zukommen. ¹⁴³⁾ Der wohl schwerwiegendste Einwand gegen diese Immanenztheorie ist jedoch grundsätzlicher Art. Schaltet man nämlich diesen abstrakten Schrankenmechanismus auf alle nachfolgenden Freiheitsgrundrechte durch, so wird dadurch das feinzisierte System einer von Null bis zur Sperre der Wesensgehaltsgarantie gleitenden Skala sorgfältig abgestufter Gesetzesvorbehalte zerstört. ¹⁴⁴⁾

Je nach Interpretation des Begriffes "verfassungsmäßige Ordnung" muß sich folgendes Bild ergeben: Legt man ihn weit aus, indem man ihn mit der "(formell und materiell) verfassungsmäßigen Rechtsordnung" ¹⁴⁵⁾ identifiziert, so werden dadurch sämtliche Grundrechte zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt. ¹⁴⁶⁾ Das hätte zur Folge, daß bei einer Übertragung der Schrankentrias auch auf vorbehaltstfreie Grundrechte, wie das Petitionsrecht, die Kultus-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit, diese mit einem normalen Bindungsvorbehalt versehen und dadurch mit von Art. 2 Abs. 1 GG erfaßten, weniger bedeutungsvollen Freiheitsbetätigungen, wie z.B. der Vertragsfreiheit, auf eine Stufe gestellt würden. ¹⁴⁷⁾ Würde man zudem diesen allgemeinen Vorbehalt nur auf vorbehaltstfreie Grundrechte erstrecken wollen, ¹⁴⁸⁾ so wür-

143) Knies, Schranken, S. 86 ff. hält deshalb das Unternehmen, hier anderer Auffassung zu sein, für aussichtslos und sogar für wissenschaftlich irrelevant. - Bezeichnend insoweit auch, daß Maunz, Staatsrecht (seit 14. Aufl.), S. 103; Wolff, Verwaltungsrecht I (seit 6. Aufl.), S. 168 und Hamann, GG, Art. 2, B 6 (entgegen BB 57, 229 und 343) ihre bisherigen Ansichten aufgegeben haben.

144) Čopić, Politisches Strafrecht, S. 33.

145) So BVerfGE 6, 32 ff.; BGH GA 1961, 241; d.h. mit der "Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind".

146) Knies, Schranken, S. 34.

147) Čopić, a.a.O., S. 34.

148) So wie es wohl v.Mangoldt-Klein, S. 130, 176 ff. und Maunz, Staatsrecht, S. 105, 108 f. verstanden wissen wollen. - Vgl. hierzu kritisch Knies, Schranken, S. 91 f. m. Fußn. 175 und Čopić, a.a.O., S. 29 f. m. Fußn. 42.

den diese durch jedes Gesetz, die Meinungsfreiheit z.B. dagegen nur durch ein "allgemeines Gesetz" eingeschränkt werden können.

Diese "Nivellierung des verfassungsgesetzlichen Systems von Gesetzesvorbehalten mit differenzierter Eingriffsintensität" ¹⁴⁹⁾ würde zwar bei enger Auslegung des Begriffes "verfassungsmäßige Ordnung" vermieden. Jedoch würde das zu dem paradoxen Ergebnis führen, "daß diejenigen Freiheitsbereiche, die wegen ihrer zweitrangigen Bedeutung oder mangels aktueller Gefährdung ohne ausdrückliche Erwähnung blieben und nur durch die Generalklausel (des Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt werden, stärkeren Schutz genießen würden als die politisch bedeutsamsten und ältesten, aus spezieller Unterdrückung konkret erkämpften, daher intentionell scharfkantigen Grundrechte wie z.B. das Recht auf freie Meinungsäußerung, die Freiheit, sich unter freiem Himmel zu versammeln, oder die Unverletzlichkeit der Wohnung". ¹⁵⁰⁾

Letztlich hängt damit aber wegen der Unklarheit, was unter den Begriffen "verfassungsmäßige Ordnung", "Sittengesetz" und "Rechte anderer" zu verstehen ist, die Erkenntnis "immanenter Schranken" von dem jeweiligen subjektiven Standort des Betrachters ab, von seiner Auffassung über Staat, Gesellschaft, Recht usw. ¹⁵¹⁾ Die Inhaltsbestimmung wird dadurch erreicht, "daß man in die Begriffe 'teleologisch' das hineinsteckt, was man ihnen dann anschließend entnehmen will". ¹⁵²⁾ Dadurch wird im Ergebnis eine Art Zusatzverfassung geschaffen, über deren Inhalt die geschriebene Verfassung schweigt. ¹⁵³⁾

149) Čopić, a.a.O., S. 34.

150) Ridder u. Stein, DÖV 62, 366; zustimmend Čopić, aaO.

151) Kimminich, JZ 65, 743 f.; Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 35.

152) E.v.Hippel, Grenzen, S. 33 m. Fußn. 46; ähnlich Čopić, a.a.O., S. 35; auch Herb. Krüger, NJW 53, 1373.

153) Jäckel, a.a.O., S. 35.

Diesem Einwand sind alle Klauseln ausgesetzt, die den Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" zu umschreiben suchen. ¹⁵⁴⁾ Denn mit der Einführung dieser Klauseln wird keine neue Erkenntnis gewonnen, sondern lediglich eine Unbekannte durch eine neue ersetzt.

So muß dieser Versuch, bestimmte Schrankenvorstellungen im Verfassungstext "unterzubringen", letztlich doch auf die Schaffung ungeschriebener Schranken der Grundrechte hinauslaufen. ¹⁵⁵⁾

bb.) Diesen Vorwurf trifft auch die Lehre Dürigs, ¹⁵⁶⁾ obwohl sie durch eine enge Auslegung der Schrankentrias eine Einebnung des verfassungsrechtlichen Vorbehaltssystems zu vermeiden scheint. Indem Dürig nämlich innerhalb seiner Lehre, die Art. 2 Abs. 1 als einen "Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken" begreift, die polizeiliche Generalklausel als immanente Grundrechtsschranke fungieren läßt ¹⁵⁷⁾ und sie zu den von ihm aus Art. 2 Abs. 1 GG entfalteten "elementaren Nichtstörungsschranken" zählt, unterwirft er alle Grundrechte einer Art polizeilichem Exekutivvorbehalt, der zur Auflösung der Polizeifestigkeit vorbehaltssfreier oder nur beschränkt vorbehaltsunterwerfener Grundrechte führen muß. ¹⁵⁸⁾

Im Rahmen anderer Grundrechte ist deshalb eine Schrankenbestimmung durch die sog. Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG abzulehnen.

154) Siehe dazu oben Fußn. 105.

155) Knies, Schranken, S. 105.

156) Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 69 ff., 79 ff.; früher schon AöR 79 (1953/4), 57 ff.

157) Danach soll es von vornherein nicht zur grundrechtlich gewährleisteten Freiheit gehören, gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu verstoßen, a.a.O., Rdnr. 79 ff. (82).

158) Knies, a.a.O., S. 106 ff. "Diese Interpretationsermächtigung schafft keine immanenten Schranken, sondern setzt sie voraus" (S.107 bei Anm. 256). - Zu Recht ablehnend auch Čopić, a.a.O., S. 34 f. und Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 76 ff. (80); Ridder-Stein, DÖV 62, 366.

b.) Ablehnung einer Schrankenbestimmung auf Grund einer vorzunehmenden Güterabwägung

War schon bei der Schrankenbestimmung mit Hilfe der sog. Schrankentrias die Konsequenz einer Nivellierung des verfassungsgesetzlichen Systems von Gesetzesvorbehalten mit differenzierter Eingriffsintensität zu befürchten und wurden dadurch im Ergebnis so struktur- und funktionsverschiedene Grundrechte wie die Kunstfreiheit und das Asylrecht¹⁵⁹⁾ oder das Petitionsrecht den gleichen Schranken unterworfen, so wird diese Gefahr ganz besonders bei den Theorien deutlich, die, zum Teil unter Aufgabe des Eingriffs- und Schrankendenkens, die Grenzen der Grundrechte nur von "innen" und durch eine Güterabwägung gewinnen wollen.

aa.) Zu einer gefährlichen Auflösung der Grundrechte führt die sog. "Gemeinschaftsklausel" des Bundesverwaltungsgerichtes, die besagt, es gehöre zum "Inbegriff aller Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürften, wenn dadurch die für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet würden"; denn jedes Grundrecht setze den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet werde.¹⁶⁰⁾ Würde man nämlich jedes Grundrecht dieser vagen und abstrakten Formel unterwerfen, so würden die Grundrechte praktisch völlig zur Disposition der normerschöpfenden und normanwendenden Staatsorgane stehen.¹⁶¹⁾ Da diese Klausel zudem im positiven Ver-

159) Vgl. Kimminich, JZ 65, 739 (744 f.), der die Frage stellt, ob eine Anwendung dieser für die traditionellen Freiheitsrechte entwickelten Theorien im Falle des Asylrechtes überhaupt sinnvoll ist.

160) So das BVerwG in st.Rspr.: z.B. BVerwGE 1, 48 (52); 1, 307; 2, 94; 3, 24; 4, 171; 5, 159; 6, 17.

161) Vgl. z.B. Knies, Schranken, S. 93 ff. m.w.Nachw.; Jäckel, a.a.O., S. 25 ff.; Lerche, Übermaß, S. 293 f. m.w.Nachw.; Kimminich, JZ 65, 743; Ćopić, a.a.O., S. 22; Maunz, Staatsrecht, S. 106; Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 70.

fassungsrecht keine Stütze findet ¹⁶²⁾ und zu einer Negierung der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG führen muß, ¹⁶³⁾ ist die SchrankenAuslegung des Bundesverwaltungsgerichtes abzulehnen.

bb.) Nur um ein geringes formaler ¹⁶⁴⁾ und ebenso allgemein wie die Klausel des Bundesverwaltungsgerichtes erweist sich die insbesondere von E. v. Hippel und Häberle vertretene Theorie, nach der die "Grenzen" der Grundrechte durch "allgemeine Gesetze" bestimmt werden sollen, die im Wege der "Güterabwägung auf Verfassungsebene" zu ermitteln seien. ¹⁶⁵⁾ Diese bis auf die "Grenze" der "allgemeinen Gesetze" reduzierte Formel ermöglicht zwar ihre umfassende Anwendbarkeit, mindert jedoch dadurch ihre konkrete Ergiebigkeit, daß diese "Grenze" der Grundrechte aus der "Totalität des verfassungsrechtlichen Wertsystems" ¹⁶⁶⁾ oder der "objektiven Wertordnung der Verfassung" ¹⁶⁷⁾ gewonnen werden soll. Denn wie diese "Wertordnung" oder dieses "Wertsystem" konkret aussehen soll oder ob die Verfassung überhaupt eine solche Aussage trifft, bleibt unbeantwortet. Letztlich gründet diese Auffassung auch auf von außerhalb der Verfassungsebene entnommenen Maßstäben, die vom Güterabwägungsprinzip vorausgesetzt werden, in ihm aber nicht enthalten sein können. ¹⁶⁸⁾ Da

162) Bachof, JZ 57, 337.

163) Vgl. insoweit die Kritik in BVerfGE 7, 377 (411).

164) E.v.Hippel, Grenzen, S. 31, 38 und Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 32, 37 bezeichnen ihren Maßstab selber als "formal".

165) E.v.Hippel, a.a.O., S. 39 f.; Häberle, a.a.O., S. 31 ff., 51 ff. und oben S. 33 ff.

166) Häberle, a.a.O., S. 6, 51.

167) E.v.Hippel, a.a.O., S. 39.

168) Knies, Schranken, S. 38 f. m. Fußn. 69 und 74, weist deshalb mit Recht darauf hin, daß Häberle (a.a.O., S. 31 ff., 188) Methode (Technik) mit Maßstab verwechselt. - Ebenso Lerche, Übermaß, S. 129 m. Fußn. 105, der das "Geflecht von Güterabwägungen" als nicht aus der Verfassung ableitbar ansieht; kritisch auch Hesse, Grundzüge, S. 29, 118, 120.

es zudem trotz aller vagen Formeln und "Faustregeln" ¹⁶⁹⁾ dennoch auf den Einzelfall ankommen soll, ¹⁷⁰⁾ muß deshalb mit Recht in Frage gestellt werden, ob -wie die Vertreter einer "Güterabwägung auf Verfassungsebene" behaupten wollen- eine Wertordnung als Rang- und Verhältnisordnung vom Grundgesetz überhaupt aufgestellt wird oder systematisch entwickelt werden kann. ¹⁷¹⁾

cc.) Ebenso abgelehnt werden muß die These Kleins, bei gleichzeitiger Inanspruchnahme mehrerer und eventuell unterschiedlich eingeschränkter Grundrechte durch einen Grundrechtsträger (sog. Schrankenkonkurrenz oder -kumulation) sei die engere Schranke auch für das andere Grundrecht ausschlaggebend. ¹⁷²⁾ Denn abgesehen davon, daß dieses Konkurrenzprinzip bei der Inanspruchnahme uneingeschränkter Grundrechte versagt und der Vorrang der schrankenbehafteten gegenüber der schrankenfreien Grundrechtsnorm eine unbewiesene Behauptung ist, ¹⁷³⁾ offenbart dieser Lösungsversuch seine entscheidende Schwäche dadurch, daß das von Klein aufgestellte "Konkurrenzprinzip" nur soweit gelten soll, als nicht eine Gü t e r a b w ä g u n g zu einem anderen Ergebnis führt. ¹⁷⁴⁾ Damit gesteht Klein aber selber ein, daß

169) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 13 m. Fußn. 1.

170) Häberle, a.a.O., S. 35; vgl. auch Dürig, DÖV 58, 197 und Maunz-Dürig, a.a.O.; E.v.Hippel, Grenzen, S. 34.

171) Skeptisch insoweit Lerche, Übermaß, S. 126, 131 und DÖV 65, 214; Koebel, JZ 61, 524 f.; Hesse, a.a.O., S. 118; vor allem Knies, a.a.O., S. 41. - v.Hippel, Grenzen, S. 34, glaubt dagegen, daß auf Grund genauer Prüfung der verschiedenen denkbaren Fälle und einer sorgfältigen Abstufung nach typischen Fallgruppen eine solche Rangordnung erarbeitet werden kann, sieht jedoch auch die damit verbundenen Schwierigkeiten.

172) v. Mangoldt-Klein, S. 125 ff., 179 f.

173) Lerche, Übermaß, S. 125 ff. (128 f.). - Im übrigen verstößt diese Methode auch gegen die Auslegungsmaxime, daß belastende Spezialnormen nicht ausweitungsfähig sind.

174) v. Mangoldt-Klein, S. 125.

sich die Bestimmung der Grundrechtsgrenzen nicht allein aus den von ihm so benannten "systematischen immanenten Gewährleistungsschranken" gewinnen läßt, sondern daß auch er auf das anfechtbare Güterabwägungsprinzip als dem in Wahrheit beherrschenden und regulierenden Grundsatz abstellt. 175)

dd.) Soweit jedes Grundrecht durch " a l l g e -
m e i n e G e s e t z e " begrenzt werden soll,
erweist sich das Prinzip der Güterabwägung zur Be-
stimmung dieser Gesetze aber auch noch aus einem an-
deren, zu wenig beachteten, neuerdings aber von Čo-
pić 176) in diesem Zusammenhang überzeugend in den
Blickwinkel gerückten Gesichtspunkt als unbrauchbar.
Denn "allgemein" kann ein Gesetz nur dann sein, wenn
die gesetzliche Regelung nicht auf Einengung des je-
weils betroffenen Grundrechts abzielt, sondern zum
Schutze oder zur Förderung gesellschaftlicher Inter-
essen ergeht und dabei auf den belasteten Grundrechts-
bereich nur eine Art Reflexwirkung ausübt, die sich
diesem gegenüber gleichsam n e u t r a l ver-
hält. 177) Diese Neutralität bzw. Allgemeinheit einer
grundrechtsbeschränkenden Maßnahme oder Norm erlöscht
aber dann, wenn Positionen verteidigt und Interessen
durchgesetzt werden, "die zur Grundrechtsausübung ty-

175) Knies, Schranken, S. 82 und ähnlich Lerche,
Übermaß, S. 126 ff. bezeichnen deshalb das
Sichberufen auf die "Schrankensystematik" als
eine juristische Scheinbegründung.

176) Politisches Strafrecht, S. 22 ff. (23).

177) Čopić, a.a.O., S. 22; ähnlich v. Mangoldt-Klein,
S. 132: "allgemeine Gesetze sind solche Gesetze,
die es nicht speziell mit dem Rechtsgebiet der
betreffenden Grundrechtsbestimmung(en) zu tun
haben und gar nicht auf die Einschränkung einer
bestimmten Grundrechtsbestimmung oder mehrerer
bestimmter Grundrechtsbestimmungen abstellen,
sondern bei der Regelung irgendeiner Materie
zwangsläufig -manchmal (vielleicht meistens)
unbewußt- eine Grundrechtsbestimmung oder meh-
rere Grundrechtsbestimmungen mit einschränken".

pischerweise querstehen". 178) Bei den Auslegungskonflikten über den Geltungsbereich und die Beschränkungsmöglichkeiten der grundrechtlichen Freiheiten muß nämlich immer im Auge behalten werden, daß sich auch hier die Konflikte sozialer Gruppen widerspiegeln, "die Träger positiver und negativer Herrschaftsrollen in der Gesellschaft sind". 179) Dabei werden die "negativ privilegierten Gruppen" sich regelmäßig auf die Grundrechtsverbürgung berufen, während sich die "positiv privilegierten Gruppen" für Grundrechtsbeschränkungen einsetzen werden.

Aus diesem soziologischen Sachverhalt muß aber gefolgert werden, daß die obrigkeitliche Regelung typischer Konfliktsituationen nie eine "allgemeine", d.h. grundrechtsneutrale Grundrechtsbeschränkung darstellen kann, weil den durchzusetzenden Interessen die erforderliche "allgemeine" Anerkennung fehlt.

Es ist deshalb an dem dem Verfassungstext entsprechenden und die obige Erkenntnis berücksichtigenden Eingriffs- und Schrankendenken festzuhalten: Soweit normale Gesetzesvorbehalt fehlen, genießen die schrankenlosen bzw. einem "allgemeinen" Bindungsvorbehalt (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG) unterworfenen Grundrechte grundsätzlich den Vorrang vor grundrechtsdrosselnden Normen oder Maßnahmen, die zum Schutze von Interessen erfolgen sollen, deren Schutzwürdigkeit aber Gegenstand tiefgreifender Meinungskontroversen konkurrierender gesellschaftlicher Gruppen ist. 180)

178) Čopić, a.a.O., S. 22 f. - Um die "Typizität" einer Konfliktsituation feststellen zu können, hilft häufig ein historischer Rückblick auf Ursprung und Entwicklung der jeweils zur Diskussion stehenden Grundrechte. Čopić, S. 24, nennt insoweit z.B. als "Achillesferse" der Kunstfreiheit die Machtansprüche und Ordnungsvorstellungen etablierter Religionsgesellschaften, die häretischen Gruppen das Recht auf Gemeinde zu entwenden trachten; bei der Wissenschaftsfreiheit die Staatsraison oder bei der Pressefreiheit die einer kritischen Presse entgegenstehende konkrete Herrschaftsverfassung.

179) Čopić, a.a.O., S. 23.

180) Čopić, a.a.O., S. 24, 29.

Nur dadurch kann der mit einer "Güterabwägung" verbundenen Gefahr entgegengewirkt werden, "unterverfassungsgesetzliche 'Werte' auf Verfassungsniveau zu kapitulieren und als ranggleiche Konkurrenz 'werte' gegen die Grundrechte abzuwägen". 181)

Die Bedenklichkeit und inhaltliche Unergiebigkeit dieses Prinzips der aus der "Totalität des verfassungsrechtlichen Wertsystems" zu ermittelnden Güterabwägung wird dann auch an folgenden -oben 182) schon ange-deuteten- Beispielen deutlich, die nach Auffassung Häberles als Untermauerung dessen dienen sollen, was unter diesem "Wertsystem" zu verstehen ist: wenn nämlich "die besonderen Gewaltverhältnisse als integrierende Bestandteile der materialen Allgemeinheit des verfassungsrechtlichen Wertsystems" eine "allgemeine" Grenze der Grundrechte bedeuten sollen, 183) oder wenn "das verfassungsmäßige Strafrecht eine derartige allgemeine Grenze aller Grundrechte" sein soll, 184) dann wird hier den entscheidenden Fragen ausgewichen. Denn die Fragen, ob nicht gerade umgekehrt die Grundrechte und die Verfassung den besonderen Gewaltverhältnissen und ihren "Zwecken" eine Begrenzung setzen, 185) und wel-

181) Čopić, a.a.O., S. 26.

182) S. 27.

183) Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 36; ähnlich v. Mangoldt-Klein, S. 129, 136.

184) Häberle, a.a.O., S. 37. - Bezeichnend insoweit auch, wenn Dürig, AöR 79 (1953/4), 86 und in Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 76, das "echte" Kriminalstrafrecht allgemein für verfassungskonform ansieht.

185) Diese Frage soll ausführlich erst im III. Abschnitt der Arbeit behandelt werden, wo auch näher auf die Auffassung von v. Mangoldt-Klein, S. 129, 136, "das Stehen in einem Besonderen Gewaltverhältnis" stelle eine "persönliche immanente Gewährleistungsschranke" dar, eingegangen werden soll. - In diesem Teil der Arbeit soll zunächst nur die Fragwürdigkeit des Bestehens "immanenter Schranken", gleich welcher Art, herausgearbeitet werden.

che Strafrechtsnormen verfassungskonform sind und deshalb eventuell "immanente Schranken" errichten können, bedürfen einer Antwort, ohne die die getroffene Aussage ohne Wert bleiben muß.¹⁸⁶⁾ Auch erscheint es unverständlich und im Ergebnis undurchführbar, daß bei Geltung der Grundrechte "nach Maßgabe verfassungsmäßiger Gesetze"¹⁸⁷⁾ der Gesetzgeber gleichzeitig an die Grundrechte gebunden sein soll.¹⁸⁸⁾ Denn wenn der Gesetzgeber nicht nur befugt sein, sondern sogar die "Funktion" haben soll, die Grundrechte mit ihrem jeweiligen Wesensgehalt "auszugestalten",¹⁸⁹⁾ damit die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, "daß die einzelnen Grundrechtsberechtigten in der Lage sind, vom Wesen ihrer Freiheit Gebrauch zu machen",¹⁹⁰⁾ dann entfällt die Möglichkeit, die gesetzliche Freiheitsregelung und -begrenzung an der Verfassung zu messen. Da erst der einfache Gesetzgeber -und nicht die Verfassung-"Inhalt"¹⁹¹⁾ und "Wesensgehalt"¹⁹²⁾ der Grundrechte bestimmt, kann "Geltung der Grundrechte nach Maßgabe verfassungsmäßiger Gesetze" dann nämlich nur bedeuten, daß diese Gesetze (formell) verfassungsmäßig zustande gekommen sein müssen.¹⁹³⁾ Damit nähert sich diese Auffassung letztlich wieder dem formellen Rechtsstaatsbegriff der konstitutionellen Staatsrechtslehre, von dem sich aber der Grundgesetzgeber eindeutig distanziert hat.¹⁹⁴⁾

186) Denn daß das verfassungsmäßige, sprich: grundrechtskonforme Strafrecht verfassungsmäßig, sprich: grundrechtskonform ist, steht sicherlich außer Zweifel.

187) Häberle, a.a.O., S. 195.

188) A.a.O.

189) D.h. er schafft Normenkomplexe und einzelne Rechtsinstitute, welche zum Wesen des betreffenden Grundrechts gehören, a.a.O., S. 183.

190) A.a.O., S. 183.

191) Nach Häberle, a.a.O., S. 179 f., ist jede Begrenzung eines Grundrechts ein Stück Inhaltsbestimmung; Begrenzung und Inhaltsbestimmung gehören zusammen.

192) A.a.O., S. 183.

193) W. Schmidt, AöR 91 (1966), 59.

194) Vgl. schon oben S. 8 f.

c.) Das traditionelle "Eingriffs- und Schranken-
denken" und das Verhältnis von Freiheit und
Gesetz

Die eigentliche Kritik an der These, jedes Grundrecht stehe unter dem Vorbehalt der im Wege der Güterabwägung auf Verfassungsebene zu ermittelnden "allgemeinen Gesetze", hat jedoch an dem dieser These zugrunde liegenden gegenüber dem traditionellen Eingriffs- und Schrankendenken gewandelten Verständnis von Freiheit und Gesetz und der daraus resultierenden Auflösung der im Grundrechtskatalog zum Ausdruck gekommenen, im einzelnen unterschiedlich abgestuften Gesetzesvorbehalte anzusetzen.

Während bislang die Vorbehaltsgesetzgebung als ein nur ausnahmsweise und von der Verfassung jeweils nur ausdrücklich zugelassener Eingriff von außen in die grundrechtliche Sphäre angesehen wurde,¹⁹⁵⁾ wird innerhalb dieses neuen Grundrechtsverständnisses dem Gesetzgeber sogar die "Funktion" zugewiesen, jedes Grundrecht "auszugestalten", da erst hierdurch der einzelne Grundrechtsträger von seiner Freiheit Gebrauch machen könne.¹⁹⁶⁾ Indem aber dabei von einem "Ineinanderstehen" von Freiheit und Gesetz ausgegangen wird,¹⁹⁷⁾ das vom Vorbehaltsgesetzgeber normierte Recht zum "Wesensgehalt" der Grundrechte gerechnet wird,¹⁹⁸⁾ verkennt diese Meinung, daß Freiheit und Gesetz auch gegeneinander stehen können und ein Gesetz parlamentarischen Ursprungs nicht

195) Vgl. dazu die Nachweise in Fußn. 79.

196) Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 183 f.

197) A.a.O., S. 53, 183, 225, 229.

198) A.a.O., S. 207.

die Gewähr unbedingter Verfassungskonformität bietet. 199) Auch wird man nicht von jeder grundrechtsbeschränkenden Regelung eindeutig sagen können, sie sei erforderlich gewesen oder sie habe nur in dieser Weise und nicht in anderer Ausgestaltung getroffen werden können. Angesichts des Wesens der Freiheit, individuell und undefiniert zu sein, 200) kann und darf es Aufgabe des (einfachen) Gesetzgebers allein sein, den im Rahmen der Grundrechtsordnung "unabdingbaren Spielraum zur persönlichen Selbstentfaltung und -gestaltung" 201) allenfalls n e g a t i v abzugrenzen, nicht jedoch in allen Verästelungen oder in seinem "Wesensgehalt" positiv zu bestimmen. 202) Dieser zur persönlichen Selbstentfaltung notwendige Spielraum wird nicht durch die vom Parlament beschlossenen Gesetze gesichert, sondern von der Verfassung und dem Verfassungsgericht garantiert. 203)

Von dieser dem Parlament gegenüber notwendigen und historisch bedingten Skepsis geht auch das Grundgesetz in vielfältiger Weise aus: M a t e r i e l l kommt diese Skepsis durch die ausgesprochene Bindung des Gesetzgebers an Grundrechte und verfassungsmäßige Ordnung (Art. 1 Abs. 3; 20 Abs. 3 GG), die Sperren der Art. 19 Abs. 2 und 79 Abs. 3 GG und die Aufwertung des rich-

199) Das zeigt in vielfältiger Weise die Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und einzelner Bestimmungen. - Vgl. Knies, Schranken, S. 42 ff.; Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 36; Bettermann, Freiheit, S. 71 ff.

200) Vgl. oben S. 16.

201) W. Schmidt, AöR 91 (1966), 64; Lerche, Übermaß, S. 243 spricht von "Aussparungen" der Normenkomplexe; Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, S. 221 von "Ausgrenzungsnormen", ebenso schon in VVdStRL 12 (1954), 18, 35 (Leitsatz VII).

202) Vgl. W. Schmidt, a.a.O.; Knies, Schranken, S. 50.

203) Entgegen dem spätkonstitutionellen Rechtsdenken, das im Gesetzgebungsverfahren selbst den alleinigen Schutz sah; siehe dazu Schmidt, a.a.O., S. 54 ff.

terlichen Prüfungsrechts (Art. 19 Abs. 4; 93 Abs. 1 Nr. 2; 100 Abs. 1 S.1 GG; §§ 90 ff. BVerfGG) zum Ausdruck; f o r m e l l durch Art. 19 Abs. 1 GG und vor allem durch die vom Grundgesetzgeber b e - w u b t ²⁰⁴⁾ gewählte Formtypik ²⁰⁵⁾ des Grundgesetzes, die bei den einzelnen Grundrechten durch konkretisierte und ihrem Gehalt gemäße, verschieden abgestufte Gesetzesvorbehalte deutlich wird. ²⁰⁶⁾

Dieses Bestreben des Grundgesetzgebers, dem (einfachen) Gesetzgeber schon durch die Abfassung des Grundgesetzes, insbesondere des Grundrechtskataloges, "Grenzen" zu setzen, als rein formalistisch zu bezeichnen, ²⁰⁷⁾ hieße, die auf positivem Verfassungsrecht beruhende und zugunsten der Freiheit wirkende Funktion der Form ²⁰⁸⁾ zu unterschätzen und an deren Stelle schwer überprüfbare generalisierende, harmonisierende oder gar dialektische ²⁰⁹⁾ Formeln zu setzen. Auch die insoweit geäuß-

204) So wurde die in Art. 21 Abs. 3 des Entwurfes vom Herrenchiemsee (1948) vorgesehene, die Grundrechte begrenzende Generalklausel zur Sicherung der Grundrechte durch eine kasuistische Regelung gestrichen, vgl. hierzu v. Hippel, Grenzen, S. 21 f.; insbesondere JÖR NF Bd. 1 (1951), 176 f.

205) Vgl. zu diesem Begriff Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, S. 87 ff., 147 und Herb. Krüger, Allgem. Staatslehre, S. 553 f.

206) Insoweit wird von der Verfassung in ihrem Grundrechtsteil als von einer "rigiden" gesprochen, die durch Genauigkeit der Formulierung die Feststellbarkeit, Verständlichkeit und Gewißheit des Norminhalts zu erreichen sucht; vgl. hierzu Herb. Krüger, Allgem. Staatslehre, S. 292 f. und DÖV 61, 721.

207) E. v. Hippel, Grenzen, S. 57 f.; Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 229 f.

208) Vgl. Herb. Krüger, a.a.O., S. 202 Fußn. 92; 292 f. mit Hinweis auf R. v. Jhering, Der Geist des Römischen Rechts, 8. Aufl., 1904, II, 2, S.471: "Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit".

209) So, wenn Häberle, a.a.O., S. 26, das Strafrecht als K o n s e q u e n z der grundrechtlichen Freiheit ansieht und deshalb "die Bestrafung des Diebes zum Inhalt des Rechtes auf persönliche Freiheit" rechnet; dagegen mit Recht Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 44.

te Kritik, dieses -auch dieser Arbeit zugrunde gelegte- Grundrechtsverständnis sehe das Verhältnis von Freiheit und Gesetz antinomisch, ²¹⁰⁾ vermag nicht zu überzeugen. Denn selbst bei einer solchen -oft tatsächlich bestehenden- Gegensätzlichkeit ist die einer völligen gesetzlichen Eingrenzung nicht zugängliche Freiheit keine Freiheit jenseits oder außerhalb des Rechts, sondern nur eine verfassungsrechtlich gewährleistete, ²¹¹⁾ von der auch ohne eine bis in jede Einzelheit oder bis zum "Wesensgehalt" gehende gesetzliche "Ausgestaltung" Gebrauch gemacht werden kann; sie "ruht dann nur im Verfassungsrecht, nicht als Freiheit vom Staat, ²¹²⁾ sondern als Freiheit i m Staat". ²¹³⁾

- d.) Eigene Ansicht und Folgerungen für die beim Postverkehr in Anspruch genommenen Grundrechte.

Haben sich demnach alle Theorien zur Bestimmung innerer "Grenzen" der Grundrechte als unzureichend und letztlich als unserer Verfassung nicht struktur- und systemgerecht erwiesen, so müssen hieraus für die Beschränkung der beim Postverkehr in Anspruch genommenen Grundrechte (Art. 2, 5, 10 und

210) Häberle, a.a.O., S. 206, 225 ff.; gegen ihn W. Schmidt, AöR 91 (1966), 59 Fußn. 82 und Knies, Schranken, S. 45.

211) W. Schmidt, a.a.O., S. 58.

212) So der Begriff des individualistischen Naturrechts, vgl. hierzu Häberle, a.a.O., S. 150 ff.

213) W. Schmidt, a.a.O. - Der hier vertretenen Auffassung steht deshalb nicht die These entgegen, das Grundgesetz habe die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit entschieden (so BVerfGE 4, 15; 7, 323); vgl. dazu auch Wintrich, Problematik, S. 6, 21 und Brohm, DÖV 64, 247.

17 GG) ²¹⁴⁾ die notwendigen Schlußfolgerungen gezogen werden.

Es ist an der sich im traditionellen Eingriffs- und Schrankendenken widerspiegelnden Verfassungsaussage festzuhalten, daß Grundrechtseinschränkungen nur dann zulässig sind, wenn sie das *p o s i t i - v e* Verfassungsrecht zuläßt, d.h. der Gesetzgeber darf in die grundrechtlich geschützte Sphäre nur dann und nur soweit eingreifen, als es die einzelne Grundrechtsnorm ausdrücklich im Wege eines dem betreffenden Grundrecht gemäßen Vorbehaltes zuläßt. Für eine gesetzliche Regelung des Postverkehrs bedeutet das, daß die Grundrechte der Art. 2, 5 und 10 GG im Rahmen der ihnen beigegebenen Gesetzesvorbehalte einer gesetzlichen Regelung zugänglich sind und auch einer solchen *b e d ü r - f e n*, wenn in die durch diese Grundrechte geschützte Individualsphäre gezielt eingegriffen werden soll. Mit Ablehnung der Lehren, die die sog. Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG oder grundrechtsfremde Gesetzesvorbehalte in jedes andere Grundrecht einblenden wollen, ergibt sich gleichzeitig, daß das durch Art. 17 GG gewährleistete Petitionsrecht einer gesetzlichen Einschränkung *n i c h t* zugänglich ist. Ebenso dürfen die Schranken der Art. 2 und 10 GG nicht in Art. 5 GG hineininterpretiert werden.

Die hier aufgestellten Grundsätze bedürfen jedoch noch einer Präzisierung. Aus der Überlegung, daß das jeweilige Grundrecht nur solche Beschränkungen verbieten will und kann, die in den intentionellen Schutzbereich der betreffenden Grundrechtsnorm gezielt eingreifen wollen, ist in einer gesetzlichen Regelung eine durch die Verfassung untersagte Be-

214) Siehe oben S. 10 f.

schränkung eines Grundrechts dann *n i c h t* zu sehen, wenn sie bei der gezielten (zulässigen) Einschränkung eines Grundrechts als bloße *N e b e n -*wirkung, sozusagen nur als *u n v e r m e i d l i -*c h e *R e f l e x w i r k u n g* ein anderes Grundrecht (mit-) beeinträchtigt. Nur dann, wenn es sich um eine *z w a n g s l ä u f i g e* Nebenfolge, d.h. um eine sich gegenüber dem belasteten Grundrechtsbereich gleichsam *n e u t r a l* verhaltende gesetzliche Regelung handelt, unterliegt auch ein gegebenenfalls *v o r b e h a l t s -**f r e i e s* Grundrecht einer "Beschränkung". 215)

Wann allerdings eine solche -oft nur faktische- unerlässliche Nebenfolgebeschränkung vorliegt, bedarf im jeweiligen Einzelfall einer eingehenden Prüfung. Diese erfordert eine Qualifizierung des gezielten, grundrechtsbeschränkenden Eingriffs und -anders als bei den zuvor abgelehnten Theorien zur Bestimmung "immanenter Schranken"- ein Herausarbeiten der (mit-) betroffenen geschützten grundrechtlichen Sphäre. Hierbei muß -was oben 216) schon eingehender ausgeführt worden ist- vor allem bedacht werden, daß es sich dann nicht um grundrechtsneutrale Regelungen handelt, wenn mit ihnen Positionen durchgesetzt werden sollen, deren Schutzwürdigkeit Gegenstand tiefgreifender Meinungskontroversen konkurrierender gesellschaftlicher Gruppen ist.

Für das hier zu untersuchende Thema folgt daraus im einzelnen: Da die Grundrechte der Art. 2, 5 und 10 GG im Gegensatz zu Art. 17 GG einer gesetzlichen Einschränkung

215) Siehe oben S. 44 f.; vgl. auch Leisner, DVBl 60, 624; ähnlich Stree, Deliktsfolgen, S. 149 ff., 232 f. und Schönke-Schröder, § 24 Rdnr. 9 für Grundrechtseinschränkungen durch (zulässige) Bewährungsauflagen.

216) S. 44 f.

kung unterliegen, muß in den Fällen, in denen eine Beeinträchtigung des Art. 17 GG in Frage kommt, geprüft werden, ob es sich dabei lediglich um unerläßliche Reflexwirkungen eines anderweitigen zulässigen Grundrechtseingriffs handelt. Das bedeutet für den verfassungsrechtlich zulässigen Freiheitsentzug (Art. 2 Abs. 2 und 104 GG), daß eine "Einschränkung" des Art. 17 GG (und auch der Art. 2, 5 und 10 GG) nur dann keinen unzulässigen Eingriff darstellt, wenn der Freiheitsentzug deren Beeinträchtigung unerläßlich zur Folge hat, was nur dann der Fall ist, wenn dabei nicht in den durch diese Artikel geschützten Grundrechtsbereich eingegriffen wird. Vermeidbare Beschränkungen eines Grundrechts finden deshalb keine Rechtfertigung in dem Umstand, daß sie mit einer zulässigen Maßnahme zusammenhängen. 217) Sollte der Freiheitsentzug notwendigerweise eine grundrechtsneutrale "Beschränkung" des Petitionsrechts (oder auch sonstiger Grundrechte) zur Folge haben, so wäre insoweit eine gesetzliche Regelung zulässig.

Ob der Freiheitsentzug alle im Bereiche des Postverkehrs derzeit üblichen -auch das Petitionsrecht betreffende- Grundrechtsbeeinträchtigungen unerläßlich zur Folge hat, erscheint aber sehr fraglich. Denn beim Postverkehr, dem die Tendenz innewohnt, den durch die Gefangenschaft unterbrochenen Kontakt mit der Außenwelt wiederherzustellen, konkurrieren in besonderer Weise Freiheitsanspruch und Freiheitsbeschränkung. Diese Zweifel werden noch dadurch verstärkt, daß wegen der umfassenden Geltungskraft der Freiheitsgrundrechte der Gesetzgeber und die vollziehende Gewalt jeweils eine verfassungsrechtlich unangreifbare Rechtfertigung dafür erbringen müssen, daß eine Grundrechtsbeschränkung notwendig oder nur eine bloße Nebenfolge eines anderen (zulässigen) Eingriffs ist. Bei einer grundsätzlichen "Vermutung zugunsten der

217) Stree, Deliktsfolgen, S. 150.

Freiheit", die für eine Anwendbarkeit ^{a l l e r} Grundrechtsgewährleistungen spricht, ²¹⁸⁾ kann diese Vermutung aber nur dann als widerlegt gelten, wenn der Staat für seine Maßnahmen zwingende verfassungsrechtliche Gründe anführen kann.

Die Frage, ob der Staat für eine Einschränkung der beim Postverkehr in Anspruch genommenen Grundrechte eine von der Verfassung getragene Rechtfertigung nachweisen kann, wird deshalb anhand der Einzelproblematik im 2. Hauptteil der Arbeit zu beantworten sein. Zunächst ist jedenfalls davon auszugehen, daß die Grundrechte der Art. 2, 5 und 10 GG einschränkungsfähig sind und es sich bei den derzeitigen Beschränkungen des Postverkehrs um echte Grundrechtseingriffe handelt; in das durch Art. 17 GG gewährleistete Petitionsrecht darf dagegen nicht eingegriffen werden.

III. Schranken der staatlichen Strafgewalt bei Grundrechtseingriffen

Können deshalb nur die mit einem Gesetzesvorbehalt versehenen Grundrechte eingeschränkt werden, so hat der Gesetzgeber bei der Ausfüllung dieser "Grundrechtsschranken" wiederum "Schranken" formeller (1.) und materieller (2.) Art zu beachten. Diese dem Gesetzgeber von der Verfassung ^{a u s d r ü c k l i c h} auferlegten Schranken gilt es aufzuzeigen, da erst dann beurteilt werden kann, ob und inwieweit eine grundrechtsbeschränkende Maßnahme zulässig ist. Dazu dienen die folgenden Ausführungen.

1. Formelle Schranken

Art. 19 Abs. 1 GG beinhaltet die drei ^{f o r m e l l e n} Voraussetzungen, die der Gesetzgeber bei der

218) Vgl. dazu im einzelnen oben S. 12 f. m. Fußn. 22 und S. 15 ff. (18), 45, 50.

Einschränkung von Grundrechten zu beachten hat.

a.) Die Einschränkung des Grundrechts ist nur zulässig, wenn es die einzelne Grundrechtsbestimmung erlaubt, d.h. wenn sie mit einem inhaltlich beschränkten oder unbeschränkten Gesetzesvorbehalt versehen ist. ²¹⁹⁾

b.) Als unbedingtes Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit ²²⁰⁾ darf die Einschränkung nur "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" ²²¹⁾ erfolgen, das "allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten" muß. Die Begriffe "durch Gesetz" und "auf Grund eines Gesetzes" sind -wie auch sonst im Grundrechtskatalog- als termini technici anzusehen, für die nur förmliche Gesetze, nicht auch Verordnungs- und Gewohnheitsrecht in Frage kommen. ²²²⁾ Das gilt insbesondere für Freiheitsbeschränkungen, für die es in Art. 104 Abs. 1 S.1 GG noch einmal ausdrücklich betont worden ist. ²²³⁾

Insbesondere muß schon hier der Auffassung widersprochen werden, die für den Bereich der besonderen Gewaltverhältnisse, also auch den Strafvollzug, eine gewohnheitsrecht-

219) Wernicke, BK, Art. 19 Anm. II, 1 a; Hamann, GG, S. 63 f.

220) Vgl. BVerfGE 6, 42; 8, 76.

221) Bei der Beschränkung "durch Gesetz" nimmt der Gesetzgeber die Begrenzung selber vor, ohne daß es zur Realisierung noch eines Vollzugsaktes bedürfte; bei der "auf Grund Gesetzes" werden nur die Voraussetzungen normiert, unter denen Organe der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt die Begrenzung realisieren dürfen oder müssen. - Beim Strafvollzug kommen deshalb nur "auf Grund"-Beschränkungen in Frage. - Vgl. dazu allgemein Hesse, Grundzüge, S. 124 f. und vor allem Lerche, DVBl 58, 524 ff.

222) Ganz überwiegende Meinung; vgl. z.B. Wernicke, BK, Art. 19, Anm. II 1 b u. f; v. Mangoldt-Klein, S.190, 342, 546 f.; v. Münch, BK, Art. 8, Rdnr. 37, 39, jeweils m.w.Nachw.; a.A. wohl nur, allerdings ohne Begründung, BVerfG NJW 67, 2052, das auch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht genügen lassen will (für Art. 12 Abs. 1 S.2 GG).

223) Maunz-Dürig, Art. 104, Rdnr. 13 ff.; Holtkotten, BK, Art. 104, Anm. II, 1.

l i c h e Ermächtigungsgrundlage genügen lassen will.²²⁴⁾ Die Annahme einer solchen Eingriffsermächtigung im Bereiche des Strafvollzuges scheitert nämlich schon daran, daß es hier an dem für das Entstehen von Gewohnheitsrecht unerläßlichen Erfordernis der inhaltlichen Rechtsüberzeugung der maßgeblichen B e t e i l i g - t e n , also auch der Strafgefangenen, fehlt.²²⁵⁾ Zudem ist es infolge der Gewaltenteilung a l l e i n den Parlamenten überantwortet, in die Sphäre des einzelnen einzugreifen oder andere Organe zu solchen Eingriffen zu ermächtigen. Aus eigener Machtvollkommenheit steht den Verwaltungsbehörden eine Befugnis, Grundrechte zu beschränken, nicht zu.²²⁶⁾ Andernfalls würde entgegen der klaren Aussage des Art. 19 Abs. 1 GG und der Entstehungsgeschichte der Wendung "auf Grund eines Gesetzes"²²⁷⁾ ein obrigkeitsstaatliches Reservat zu Lasten einer Mitwirkung des Volkes bzw. seiner Repräsentanten aufrechterhalten. Allein dieser "demokratische Gesetzesbegriff"²²⁸⁾ vermag deshalb dem vom Grundgesetz zuungunsten der Regierungsgewalt bezweckten Schutz der Individualsphäre zu entsprechen.²²⁹⁾

224) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.111 f. m.Nachw.; für eine begrenzte Weitergeltung spricht sich Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.234 ff. mit der Begründung aus, daß die Eingriffe durch den "Zweck" der bes. Gewaltverhältnisse genügend begrenzt seien, vgl. dazu aber unten S.132 ff.

225) Depenbrock, NJW 63, 90; Tiedemann, NJW 67, 91; Brohm DÖV 64, 248 m. Fußn.111; Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S.58; zweifelnd auch Baumann, MschKrim 64, 64; Krüger, VVdStRL 15 (1957), 122 und Thieme, DÖV 56, 527.

226) So im Ergebnis auch Selmer, VerwArch 59 (1968), 136f.

227) In der 3. Lesung des parlamentarischen Rates wurde die Fassung "auf Grund der Rechtsordnung" in Art.2 u. Art. 13 Abs.3 durch die für das gesamte Grundgesetz einheitlich aufzufassende Wendung "auf Grund eines Gesetzes" ersetzt, vgl. BK, Art.2, Anm. II, 2 f.

228) Vgl. Jesch, a.a.O., S. 26 ff.

229) Abzulehnen ist deshalb auch die Auffassung Leisners, DVBl 60, 619, der die Disziplinalgewalt (i.w.S.) der besonderen Gewaltverhältnisse als eine stillschweigende, generalklauselartige, g e s e t z e s - r a n g i g e Ermächtigung an die Verwaltung ansieht, auch wenn keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorhanden ist. - Wie hier neuerdings auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 238.

c.) Das Gesetz muß das betreffende Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen (Art. 19 Abs. 1 S.2 GG). Da dieses Zitiergebot neben der Warnung vor einer schleichenden Grundrechtsentwertung jedoch in erster Linie die Funktion hat, der Rechtsklarheit zu dienen und den heutigen Gesetzgeber zu zwingen, keine dem bisherigen Recht fremde Möglichkeiten des Eingriffs zu schaffen, ohne diese im einzelnen zu bedenken,²³⁰⁾ wird Art. 19 Abs. 1 S.2 GG mit Recht nur auf nachkonstitutionelles Recht und auf solche Gesetze angewendet, die nicht lediglich ältere Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen.²³¹⁾

Strafgesetze bedürfen deshalb, soweit sie keine neuen Eingriffstatbestände schaffen, z.B. nicht der Nennung des Art. 2 GG.²³²⁾ Dasselbe gilt für ein neu zu schaffendes Vollzugsgesetz.

2. Materielle Schranken

Vielgestaltiger sind die m a t e r i e l l e n Schranken, die der (Straf-)Gesetzgeber bei der Einschränkung von Grundrechten zu beachten hat. Diese gilt es im Hinblick auf ihre Relevanz für das hier gestellte Thema dazustellen.

a.) Der Schutz der Menschenwürde

Der Grundgesetzgeber hat die Unantastbarkeit der Menschenwürde und die ihr gegenüber zu erfüllende Achtungs- und Schutzpflicht aller staatlichen Gewalt nicht ohne Grund an den Anfang der Verfassung und im Abschnitt "Die Grundrechte" an deren Spitze gestellt. Durch die Aufnahme in

230) Hesse, Grundzüge, S.132.

231) BVerfG NJW 56, 986; NJW 63, 755; Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, RdNr. 78; Stree, Deliktsfolgen, S.234; Röhl, AöR 81 (1956), 209 f.; a.A. v.Mangoldt-Klein, S.547, der Art. 19 Abs. 1 S.1 GG nur als "Sollvorschrift" auffaßt, was jedoch eine Entscheidung contra legem darstellt, Stree, Deliktsfolgen, S.231.

232) Stree, a.a.O., S.234 ff.; Tiedemann, Rechtsstellung, S.106.

Art. 1 Abs. 1 GG sollte in besonderem Maße zum Ausdruck gebracht werden, daß es sich bei diesem Grundsatz um eine "übergesetzliche, vorstaatliche, überpositive Norm" ²³³⁾ handelt, die unabhängig von jeder Positivierung Geltungskraft besitzt ²³⁴⁾ und ein alle Bestimmungen des Grundgesetzes beherrschendes Konstitutionsprinzip darstellt. ²³⁵⁾

aa.) Trotz dieser in der Systematik des Grundgesetzes zum Ausdruck gekommenen zentralen Bedeutung wird Art. 1 Abs. 1 GG noch überwiegend nur als eine die Staatsorgane verpflichtende Norm objektiven Rechts ²³⁶⁾ oder als bloße Auslegungsregel ²³⁷⁾ angesehen.

Entgegen dieser sich im wesentlichen auf den -nicht eindeutigen ²³⁸⁾ - Wortlaut ²³⁹⁾ des Art. 1 Abs. 1 GG berufenden Auffassung erscheint jedoch die weitergehende Ansicht, die Art. 1 Abs. 1 GG auch die Qualität eines subjektiv-öffentlichen Rechts zuerkennt und sich zur Begründung auf die dort ausgesprochene unstreitige Bindungskraft stützt oder aus dem Gesamtsystem der Verfassung argumen-

233) Nipperdey, Grundrechte, II, S. 2, 11; Schorn, Schutz, S. 17 f.

234) v. Mangoldt-Klein, S. 146; Nipperdey, II, S. 1, 7 f.; Schorn, Schutz, S. 18; Art. 1 Abs. 1 hat insoweit nur deklaratorische Bedeutung.

235) BVerfGE 6, 32 (36); ähnlich BVerfGE 1, 333 (343) und Wintrich, Problematik, S. 13 ff.; Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 4 ff.

236) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 4 f.; Maunz, Staatsrecht, S. 106 f.; Münch, Menschenwürde, S. 3 ff.; Wertenbruch, Menschenwürde, S. 31 ff. und Dürig, AöR 81 (1956), 118 ff.; JR 52, 260.

237) v. Mangoldt-Klein, S. 147.

238) Vgl. insoweit Spannagel, Diss., S. 31 und Zippelius, BK, Art. 1, Rdnr. 32.

239) Abs. 2: "bekennt sich d a r u m zu unverletzlichen Menschenrechten", und Abs. 3: "die n a c h folgenden Grundrechte".

tiert, ²⁴⁰⁾ überzeugender. Da Art. 1 Abs. 1 GG durch Art. 79 Abs. 3 GG eine zusätzliche Aufwertung erfahren hat und sich bei der Ausrichtung des Grundgesetzes auf den Schutz individueller Interessen ²⁴¹⁾ ein s u b - j e k t i v e s R e c h t auf Menschenwürde trotz seiner unscharfen Grenzen für den Rechtsschutz hinlänglich genug bestimmen läßt, ²⁴²⁾ kann die Menschenwürde nur dann die proklamierte umfassende Bedeutung haben, wenn sie selbst unmittelbar Rechte gewährt: ²⁴³⁾ denn die Annahme, daß die Grundrechte nur rechtliche Auswirkungen oder dynamische Ausgestaltungen der einen gleichsam statischen Wertbestand darstellenden Menschenwürde seien, ²⁴⁴⁾ ließe ihre Unantastbarkeit widersinnig erscheinen, da ihre sämtlichen Ausflüsse dem Zugriff staatlicher Gewalt ausgesetzt sind. ²⁴⁵⁾ Folgerichtig wird man deshalb durch Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur die Würde als solche, ²⁴⁶⁾ sondern schon die Würde einer einzelnen Person vor Beeinträchtigungen geschützt ansehen müssen. ²⁴⁷⁾

bb.) Noch schwieriger als die Bestimmung der Rechtsnatur erscheint die I n h a l t s bestimmung des mit dem Begriff der Menschenwürde umschriebenen Rechtsgutes. Denn

240) Nipperdey, Grundrechte II, S. 11 ff., 13; Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung, S.31; Spannagel, Diss., S.31 f.; Schorn, Schutz, S.17 ff.; Zippelius, BK, Art. 1, Rdnr. 32 f. u. insbes. die Rspr.:BVerfGE 1, 333, 343; 13, 152; BGHZ 13, 338; BAGE 4, 281; BayVGh BayVBl 56, 378; OLG Nürnberg GA 1961, 250; OLG Hamm NJW 67, 2026.

241) Vgl. Zippelius, BK, Rdnr. 32 und oben S.8 f., 12 f.

242) Zippelius, a.a.O., (S.24).

243) Das BVerfG läßt deshalb auch die auf Art. 1 Abs. 1 gestützte Verfassungsbeschwerde zu, BVerfGE 1, 332 (347); 9, 167 (171).

244) So aber ausdrücklich Dürig, JR 52, 261 und im Ergebnis die in Fußn. 236 u. 237 Genannten mit Ausnahme von Münch, a.a.O., S.4, der Art. 1 Abs. 1 eine eigene rechtliche Wirkung zubilligt.

245) Das beweist ein Blick auf Art. 18 GG und die in einzelnen Grundrechten zugelassene Einschränkungsmöglichkeit, Spannagel, Diss., S. 32.

246) So aber die Vertreter der Auffassung, die die Grundrechtsqualität des Art. 1 Abs. 1 verneinen.

247) Nipperdey, Grundrechte, II, S. 3; Spannagel, S. 32 f.; aber auch v. Mangoldt-Klein, S. 151.

wegen der Gebundenheit des einzelnen an die Gemeinschaft und der in ihr verhafteten herrschenden und sich wandelnden Vorstellungen im ethischen, religiösen, sozialen und rechtlichen Bereich kann eine Umschreibung zwangsläufig nur allgemein vorgenommen werden. 248)

Wird die Würde demnach überwiegend zutreffend als der dem Menschen als Persönlichkeit wesentlich zukommende Wert- und Achtungsanspruch umrissen 249) und ist sie von jeder staatlichen Gewalt zu achten, zu schützen und durch den einzelnen unverzichtbar, 250) so ergibt sich daraus, daß auch der s t r a f f ä l l i g gewordene Mensch in seinem Eigenwert als autonome Persönlichkeit zu schützen ist. 251) Das heißt aber, daß er, angefangen von der Strafandrohung 252) über die Vernehmung 253) und Strafzumessungen 254) bis in den Alltag des V o l l z u g e s , 255)

248) Vgl. zu dieser Abhängigkeit der Inhaltsbestimmung insbes. Zippelius, BK, Art. 1 Rdnr. 7 ff.

249) BayVerfGH 1, 32; 9, 37, 111; 10, 68 und ähnlich Nipperdey, a.a.O., S.4 f.; Maunz, Staatsrecht, S.106 f.; v. Mangoldt-Klein, S.149; Schorn, Schutz, S.18 f.

250) Schorn, a.a.O., S.20.

251) Stree, Deliktsfolgen, S.37; Schorn, a.a.O.; Nipperdey, a.a.O., S.3.

252) Vgl. dazu Zippelius, BK, Rdnr. 12 f. - Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S.40 f. folgert deshalb aus Art. 1 Abs.1 das Verbot der Todesstrafe und der lebenslänglichen Zuchthausstrafe.

253) Vgl. dazu als Ausfluß z.B. § 136a StPO. - Zum Schutz der Menschenwürde in der StPO vgl. insbes. Schorn, Schutz, S.100-137.

254) Vgl. dazu insbes. Stree, Deliktsfolgen, S.26 ff. Dort (S.38-47) auch berechnigte Bedenken gegen die Berücksichtigung generalpräventiver Zwecke beim Strafmaß; ebenso, jedoch stärker, Warda, Dogmatische Grundlagen, S.163 ff., 167 und ihm zustimmend Bruns, Strafzumessungsrecht, AT, S.326 ff. und Badura, JZ 64, 337 ff. - Anders die h.M., neuerdings wieder BayObLG JZ 68, 388 m.w.Nachw. u. zust. Anm. von Geerds, JZ 68, 390.

255) Vgl. im einzelnen Tiedemann, Rechtsstellung, S.115-121 u. vor allem OLG Hamm NJW 67, 2024 mit zutreffender Anm. v. Eb. Schmidt, der die Belegung einer Einmännzelle mit 3 Gefangenen als absoluten Vollstreckungsstopp ansieht, ebd. 2025; ebenso Rotthaus, MDR 68, 102 ff.; falsch dagegen Hildg. Krüger, ZBR 56, 311, die das Grundrecht der Menschenwürde auf das Verbot der körperlichen und seelischen Mißhandlung als durch den Strafvollzug zusammengeschrunpft ansieht.

nicht als bloßes Mittel zum Zweck, als bloßes Objekt ²⁵⁶⁾ staatlichen Handels gebraucht werden darf.

Insbesondere verbietet diese Auffassung, die den Gefangenen trotz der schuldhaften Verletzung der Regeln des Gemeinschaftslebens noch als Glied der Gesellschaft begreift, all seine Umweltsbeziehungen ohne hinreichenden Grund mehr oder weniger vollständig zu unterbrechen. ²⁵⁷⁾ Weder darf die allein in dem Freiheitsentzug, d.h. in der Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit, bestehende Strafe mit zusätzlichen, durch diesen nicht zwingend geforderte Beschränkungen belastet, ²⁵⁸⁾ noch darf die Rechtsstellung des Gefangenen aus fiskalischen Erwägungen verkürzt werden. Das Gebot der Wahrung der Menschenwürde erfordert aber auch eine differenzierte und individuelle Behandlung des Gefangenen, ohne daß diese unter Verletzung seiner Eigenständigkeit zu einem psychologischen oder pädagogischen Experimentieren führen dürfte. ²⁵⁹⁾

Unter diesen letztgenannten Gesichtspunkten wird deshalb auch die Beschränkung des P o s t v e r -
k e h r s als wichtiger Ausschnitt des Verkehrs mit der Außenwelt zu prüfen sein.

256) Objekt ist er dann, wenn ein a u f f ä l -
l i g e s Mißverhältnis zwischen Staatszweck
und Recht des einzelnen gegeben ist; vgl. Maunz-
Dürig, Art. 1 Rdnr. 28; Stree, Deliktsfolgen,
S. 37 f.; Dürig, AöR 81 (1956), 127; Warda, Dog-
matische Grundlagen, S. 163.

257) Spannagel, S. 36; Tiedemann, a.a.O., S. 116.

258) So ausdrücklich Tiedemann, S. 120 f., der diese
Aussage als eine "allgemein vertretene Formel"
bezeichnet (S. 121).

259) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 2, Rdnr. 34 und
Art. 104, Rdnr. 22. - Insoweit stellt auch die
Würde des Menschen eine Grenze des Erziehungs-
vollzuges dar. Vgl. näher zur verfassungsrecht-
lichen Zulässigkeit des Erziehungsvollzuges Tie-
demann, a.a.O., S. 99 ff., insbes. S. 102 ff.

b.) Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG

Unser geltendes Recht kennt in der Freiheitsstrafe, insbesondere in ihrer lebenslänglichen Form, totale Eingriffe in die Grundrechte des einzelnen.²⁶⁰⁾ So ist die verfassungsmäßig zugelassene Einschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 2 S.1 GG i.V.m. §§ 99 ff., 119 Abs. 3 StPO) nur in der Weise denkbar, daß von dem subjektiv-öffentlichen Recht des einzelnen so gut wie nichts übrigbleibt. In der Forderung des Art. 19 Abs. 2 GG, daß "i n k e i n e m F a l l" ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden dürfe, scheint deshalb ein -häufig als ungelöst angesehener²⁶¹⁾ - Widerspruch zu liegen.²⁶²⁾

aa.) Angesichts dieser unbestreitbaren und nicht zu umgehenden Verfassungswirklichkeit und des eindeutigen Wortlauts des Art. 19 Abs. 2 GG muß sich deshalb eine Grundrechtsauffassung, die die individuelle Freiheitssphäre durch die Verfassung als besonders geschützt betrachtet,²⁶³⁾ vor erhebliche Begründungsschwierigkeiten gestellt sehen, wenn sie auch in Art. 19 Abs. 2 GG als Schutzobjekt das subjektiv-öffentliche Recht

260) So z.B. in die körperliche Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2) und die Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1). Auch der Arbeitszwang (Art. 12 Abs. 3) stellt einen totalen Grundrechtseingriff dar.

261) Vgl. z.B. Bachof, JZ 57, 338; v. Münch, JZ 58, 76 und ähnlich Herb. Krüger, DVBl 50, 628 f. und DÖV 55, 600; v. Mangoldt-Klein bezeichnet "die Bestimmung des 'Wesensgehalts' der Grundrechte als eine der schwierigsten Aufgaben, die das Grundgesetz der Theorie und der Praxis des Verfassungsrechts aufgegeben hat" (S.557).

262) Die Beispiele für eine solche Diskrepanz ließen sich um ein Vieles erweitern; vgl. auch schon oben S.11 Fußn. 15.

263) So auch die in dieser Arbeit vertretene, vgl. z.B. oben S. 8 f., 13, 16 f.

des einzelnen Grundrechtsträgers ansehen will. ²⁶⁴⁾
Denn diese Auffassung muß dann zur Erklärung dieser
Wirklichkeit zwangsläufig zu einer r e l a t i -
v e n Bestimmung des Wesensgehalts kommen und da-
mit in einen Widerspruch zu der von der Verfassung
ihrem Wortlaut und ihrer Intention nach ²⁶⁵⁾ a b -
s o l u t verstandenen Wesensgehaltsgarantie gera-
ten.

(a) Diesen Bedenken ²⁶⁶⁾ sieht sich aber auch die von
einem absoluten Schutz der Grundrechte ausgehende Recht-
sprechung des B u n d e s v e r w a l t u n g s g e -
r i c h t e s ausgesetzt. Denn wenn nach ihr der We-
sensgehalt dann angetastet sein soll, wenn von dem Grund-
recht "gar nichts mehr übrigbleibt", ²⁶⁷⁾ ein Grund-
rechtseingriff dennoch zugelassen wird, wenn er für die
Sicherheit der für den Bestand der Gemeinschaft notwen-
digen Rechtsgüter erforderlich ist, ²⁶⁸⁾ so gelangt
diese Auffassung letztlich doch zu einer relativen We-
sensgehaltsbestimmung.

(b) Ähnlich, aber noch stärker relativiert wird der

264) So wie es die Vertreter der sog. "Rechtsstellungs-
theorie" tun, vgl. Giese, DRiZ 51, 192; v. Krauss,
Verhältnismäßigkeit, S. 48; Herb. Krüger, DÖV 55,
597; Hild. Krüger, DVBl 55, 759; eindeutig der BGH
im Urteil v. 18.12.54, BGHZ 16, 71 (80).

265) Nach der Entstehungsgeschichte sollte "das Grund-
recht als solches" (so Art. 21 Abs. 4 HE) "in sei-
nem Bestand" unantastbar sein. Siehe dazu JÖR NF
1 (1951), 177.

266) Hinzu kommen noch die auf S. 41 f. geäußerten; vgl.
auch BVerfGE 7, 411.

267) BVerwGE 1, 48 (51); 1, 92 (94); 1, 269 (273); 2,
295 (300).

268) So in allen in Fußn. 267 angeführten Entscheidungen,
auch in DVBl 56, 100; ebenso OVG Koblenz DÖV 55, 217.
- Abgesehen von den Ausführungen auf S. 41 ff. sind
die Ansichten v. Hippels und Häberles auch wegen
ihrer Relativierung des Wesensgehalts abzulehnen. -
Auch die Auffassung Dürigs, AÖR 81 (1956), 117 ist
wegen ihres Ausgangspunktes, der Annahme "immanenter
Schränken", und der Gleichsetzung des Wesensgehaltes
mit dem "Menschenrechtsgehalt" abzulehnen, vgl. dazu
Herb. Krüger, DÖV 55, 597 f. und Jäckel, Grundrechts-
geltung, S. 55 f.

Wesensgehalt, wenn der Bundesgerichtshof eine Antastung des Wesensgehaltes dann für gegeben ansieht, "wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechtes stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet".²⁶⁹⁾ Der Eingriff dürfe deshalb "nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach der Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden".²⁷⁰⁾

Diese Meinung, die auf der richtigen Erkenntnis fußt, daß auch die verfassungsrechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Individuum von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Ausgewogenheit von Mittel und Zweck beherrscht werden,²⁷¹⁾ wäre jedoch nur dann richtig, wenn der Begriff der Verhältnismäßigkeit mit dem des Wesensgehaltes der Grundrechte identifiziert werden könnte.²⁷²⁾

Eine solche Identität läßt sich jedoch nicht herstellen; vielmehr sind beide Begriffe in jeder Hinsicht grundverschieden. Denn während das sich auf den Gegenstand der Staatstätigkeit beziehende Verbot der Antastung absolut ist, gibt das Gebot der Verhältnismäßigkeit, das mit den Mitteln der Staatstätigkeit zu tun hat, nur eine relative Grenze an, die auch dann zu beachten ist, wenn eine Bedrohung des Wesensgehalts überhaupt noch nicht in Frage kommt.²⁷³⁾ Abgesehen davon, daß es der Sinn der Unantastbarkeit ist, gegebenenfalls auch den Grundsatz der

269) BGH DVBl 53, 471; ebenso 55, 729; BGHSt 4, 375 (377); 4, 385 (392); dem BGH folgen OLG Köln NJW 53, 1846; OVG Lüneburg DÖV 55, 218; Zippelius, DVBl 56, 354.

270) BGH a.a.O.

271) Siehe dazu eingehender unten S.70 ff. der Arbeit.

272) Herb. Krüger, DÖV 55, 598 rSp.

273) Herb. Krüger, DÖV 55, 598 und ihm folgend v. Mangoldt-Klein, S.560 und Spannagel, Diss., S.27; insgesamt vor allem Jäckel, a.a.O., S.20 ff., 72 ff.; ablehnend auch BVerfGE 4, 411; v. Münch, JZ 58, 76; Leisner, DVBl 60, 625; Lerche, Übermaß, S.37 f.

Verhältnismäßigkeit auszuschließen, ²⁷⁴⁾ führt die Abhängigkeit der Wesensgehaltsbestimmung vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu dem paradoxen Ergebnis, daß schwerste, ein Grundrecht in seinem Kern treffende Eingriffe seinen Wesensgehalt nicht antasten, während es solche leichtester Art schon tun, wenn ein geringfügiges Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck besteht. ²⁷⁵⁾

(c) Aber auch die Auffassung Krügers, ²⁷⁶⁾ der den Sinn des Art. 19 Abs. 2 GG darin sieht, daß er die der staatlichen Gewalt zur Beschränkung der Grundrechte gegebenen Vollmachten wiederum beschränkt, ²⁷⁷⁾ damit dem einzelnen zur Betätigung seiner durch den Gesetzgeber eingeschränkten Freiheit sowohl quantitativ als auch qualitativ noch ein Mindestmaß übrigbleibt, ²⁷⁸⁾ kann gerade für die Freiheitsstrafe, die eine vollkommene Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 2 GG) zur Folge hat und den Arbeitszwang (Art. 12 Abs. 3 GG) beinhaltet, keine Erklärung finden. ²⁷⁹⁾

Wenn Krüger zur Überwindung dieses Widerspruchs den Gesetzgeber für die besonderen Gewaltverhältnisse, speziell

274) Herb. Krüger, a.a.O.

275) Jäckel, a.a.O., S.21.

276) DÖV 55, 597-602.

277) A.a.O., S. 599.

278) S. 600 f.

279) Krügers Schlußfolgerung (S.599), daß der Berechtigte "die Rechte anderer verletzen oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen das Sittengesetz verstoßen" dürfe, wenn er sich "mit der Ausübung des Grundrechtes in den Grenzen des Wesensgehaltes hält", müßte deshalb jeden Versuch des Strafgefangenen, seine Freizügigkeit gegebenenfalls sogar mit Gewalt wiederzuerlangen, rechtfertigen, da er sich dadurch "in den Grenzen des Wesensgehaltes hält". Das zeigt deutlich, daß eine subjektive Betrachtungsweise zu paradoxen Ergebnissen führen muß, die nicht dadurch entkräftet werden, daß der "Horror vor einem unge lösten Widerspruch jedenfalls in einem liberal-freiheitlichen Staat unbegründet" sei (a.a.O., S. 600).

den S t r a f v o l l z u g , von den formellen und materiellen Erfordernissen bei der Einschränkung von Grundrechten befreit wissen will, ²⁸⁰⁾ so löst er diesen Widerspruch nicht, sondern vertieft ihn vielmehr. Er verweigert nämlich dadurch gerade den Personen den Rechtsschutz, der ihnen nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers (Art. 104 GG) zukommen soll. ²⁸¹⁾

bb.) Richtig kann daher nur eine Wesensgehaltsbestimmung sein, die diesen -vermeintlichen- Widerspruch zu beseitigen vermag und in Übereinstimmung mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte den bezweckten a b - s o l u t e n Schutz gegen staatliche Eingriffe bietet.

Das erfordert aber die Aufgabe der Ansicht, auch Art. 19 Abs. 2 GG bezwecke mit der Forderung, daß "in keinem Fall" ein G r u n d r e c h t in seinem Wesensgehalt angetastet werden dürfe, den Schutz des subjektiven Rechts. Gleichzeitig bedarf es einer Revidierung des dieser Auffassung zugrunde liegenden Mißverständnisses, das subjektive Recht mit der abstrakten Norm, welche den Einzelanspruch gewährt oder bestätigt, zu identifizieren.

Eine solche Identifizierung kann nämlich nicht vorgenommen werden. Vielmehr ist die einzelne Grundrechtsnorm wie jede Norm ihrem Wesen nach abstrakt, d.h. losgelöst von einem konkreten Tatbestand, und faßt eine Vielzahl von einzelnen Erscheinungsformen des Gemeinschaftslebens unter allgemeinen Gesichtspunkten zusammen.

280) DVBl 50, 629; ebenso v. Mangoldt-Klein, S. 138.

281) Spannagel, Diss., S. 27 f. - Ablehnend für Art. 19 Abs. 1 S.2 GG insoweit auch Stree, Deliktsfolgen, S. 232.

men. ²⁸²⁾ Sie besitzt eine auf generell-objektive Geltung angelegte Verbindlichkeit, die nicht nur das in einem konkreten Fall bei Erfüllung der normativen Voraussetzungen entstehende subjektive Recht, sondern zugleich das Grundrecht als den Staat bindendes Rechtsinstitut gewährleistet und schützt. ²⁸³⁾ Es ist demnach die einzelne Grundrechtsbestimmung -und nicht etwa die Wesensgehaltsklausel-, aus der das Individualgrundrecht seine umfassende Geltung und Verbindlichkeit ableitet ²⁸⁴⁾ und durch die ungerechtfertigte Eingriffe in dieses subjektive Recht abgewehrt werden. ²⁸⁵⁾

Da aber -wie schon gezeigt ²⁸⁶⁾ - das Grundgesetz im Einzelfall von einer Beschränkung oder sogar Vernichtung des subjektiv-öffentlichen Rechts des einzelnen ausgeht und sich Art. 19 Abs. 1 GG auch nur mit der durch das formelle Verfassungsrecht in abstrakten Grundrechtsnormen zugelassenen Beschränkbarkeit der Grundrechtstatbestände befaßt, kann das Gebot des Art. 19 Abs. 2 GG nur bedeuten, "daß die einschränkenden Gesetze in ihrer Allgemeinverbindlichkeit nicht den Wesensgehalt der ursprünglichen Regelung des Grundrechtskataloges antasten dürfen". ²⁸⁷⁾

Dem Gesetzgeber ist demnach sowohl die Beseitigung einer Grundrechtsnorm als auch eine abstrakte Normierung verwehrt, durch die das Gelten einer Grundrechtsbestimmung zwar formell aufrechterhalten bleibt, generell, d.h. für die Gesamtheit oder Mehrheit der Individuen, aber

282) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S.97 ff.; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 13 ff. m.w.Nachw.; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 142.

283) Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 63.

284) Vgl. dazu oben S.16 und Hesse, Grundzüge, S. 116.

285) Jäckel, a.a.O., S. 61.

286) Oben S. 63.

287) Spannagel, Diss., S.28; ähnlich auch v. Mangoldt-Klein, S. 555, der deshalb den Abs. 2 nicht als selbständigen Absatz, sondern als Satz 3 des Absatzes 1 liest.

so beeinträchtigt wird, daß von dem Grundrecht "als solchem" 288) so gut wie nichts übrigbleibt. Das gilt auch dann, wenn für eine solche Einschränkung ein Allgemeininteresse bestünde und im übrigen die sonstiger forrellen und materiellen Erfordernisse bei der Grundrechtsbeschränkung gewahrt würden. 289)

cc.) Bezieht sich demnach der Schutz des Art. 19 Abs. 2 GG nicht auf die subjektive Rechtsstellung, sondern auf den a b s o l u t e n Bestand des Grundrechtes als objektive Rechtseinrichtung, können daraus auch die oben 290) aufgezeigten -scheinbaren- Widersprüche aufgelöst werden: 291)

Weder die Freiheitsstrafe noch die im Strafvollzug unter Umständen notwendigen Eingriffe in das Brief- und Postgeheimnis erweisen sich als rechtlich unzulässig. Hier wird lediglich in den Grundrechtskern einer b e - g r e n z t e n Anzahl von Einzelpersonen eingegriffen, ohne daß die betroffenen Grundrechte für die G e -

288) Vgl. Art. 21 Abs. 4 HE und oben Fußn. 265.

289) Jäckel, a.a.O., S. 57 ff. m.w.Nachw., 111 ff.; vgl. auch v. Mangoldt-Klein, S. 554 f. mit Hinweis auf BVerfGE 2, 285: Bedeutung des eingeschränkten Grundrechts für das soziale Leben im ganzen; insoweit auch BVerfGE 7, 377 (409), ohne allerdings zu der Streitfrage positiv Stellung zu nehmen; ebenso Spannagel, S. 28 f. und schon das Deutsche Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet, Beschl. v. 13.4.50, DVBl 50, 760 (761); zustimmend wohl auch Tiedemann, Rechtsstellung, S. 105. - Vermittelnde Auffassungen nehmen Hesse, Grundzüge, S. 132 f. und Lerche, Übermaß, S. 239 ff. ein, allerdings unter Verquickung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

290) S. 63.

291) Insoweit bedarf es auch nicht der unharmonischen "Lösung", es handele sich bei der lebenslangen Freiheitsstrafe um eine Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 19 Abs. 2 GG (so Maunz-Dürig, Art. 104, Rdnr. 4) oder diese sei -was unter einem anderen Gesichtspunkt (siehe oben S. 61 Fußn. 252) erwähnenswert wäre- verfassungswidrig (so Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 42 ff.).

s a m t h e i t ihren Schutz verlören. 292)

Daß aber die hier vertretene Auslegung des Art. 19 Abs. 2 GG sich nicht dem Vorwurf aussetzt, den Individualschutz zu wenig zu berücksichtigen, 293) wird im folgenden zu zeigen sein, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als s e l b s t ä n d i g e , von der Wesensgehaltsgarantie getrennte materielle Schranke der staatlichen Strafgewalt bei der Grundrechtsbeschränkung angesehen wird.

c.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Richtigerweise wird heute auch der in Grundrechte eingreifende Gesetzgeber wie jede staatliche Gewalt als an den aus dem Polizeirecht stammenden 294) Grundsatz der V e r h ä l t n i s m ä ß i g k e i t gebunden angesehen. 295)

Seine Rechtfertigung als allgemeines und deshalb auch im Bereiche des Verfassungsrechtes geltendes Rechtsprinzip mit Verfassungsrang findet er im rechtsstaatlichen Gerechtigkeitsprinzip 296), folgt aber auch schon aus

292) Spannagel, Diss., S. 28 ff. (30). - Bedeutung gewinnt Art. 19 Abs. 2 GG nach der hier vertretenen Auslegung, die auf die Geltung eines Grundrechts für die Gesamtheit der Grundrechtsträger abstellt, bei der Überwachung des Post- und Telefonverkehrs in der sog. Notstandsgesetzgebung; siehe dazu Jäkel, a.a.O., S.120 ff., insbes. 127 ff., 138 ff.

293) E.v.Hippel, Grenzen, S.48 Fußn.4 und Lerche, Übermaß, S.238.

294) Vgl. Fleiner, Institutionen, S.400 ff. u. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S.432 ff. u. insbes. die gesetzliche Normierung in § 42 Abs.2 PVG und § 15 OBG NRW.

295) Vgl. v. Krauss, Verhältnismäßigkeit, S.42 ff. (51) u. vor allem die Rspr. des BVerfG, z.B. BVerfGE 7, 377 (406); 8, 71 (80); 15, 226 (234); 19, 342 (348); 20, 150 ff.; 21, 223 (226); vgl. auch neuerdings wieder Gentz, NJW 68, 1600 ff. (1605) mit zahlr. Nachw.

296) Warda, Dogmatische Grundlagen, S.144 f. m.w.Nachw. und insbesondere BVerfGE 19, 342 (348 f.); 20, 45 (49 ff.); 21, 220 (222); 22, 114 (124); 22, 180 (219 f.).

dem Wesen der Grundrechte als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruches des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt, die nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach der Lage der Sache geringstmöglichen Umfang in diese Sphäre eingreifen darf. 297)

Unrichtig erscheint es deshalb, in der Wesensgehaltsschranke des Art. 19 Abs. 2 GG den richtigen verfassungsrechtlichen Standort dieses Grundsatzes zu sehen. 298)

Denn weder der Wortlaut noch der Inhalt dieser als ein absoluter Schutz gedachten Bestimmung nimmt auch nur irgendwie erkennbar auf ein Moment der Proportionalität Bezug. 299)

Hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber unabhängig von der Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG eine allgemeine, dem Schutze des einzelnen dienende Geltung, so muß sich jede staatliche Maßnahme an ihm orientieren und gegebenenfalls daran messen lassen. Das bedeutet aber, daß bei mehreren möglichen, d.h. zur Zweckerreichung geeigneten Mitteln (evtl. also auch eine Grundrechtseinschränkung) nur dasjenige gewählt werden darf, das die geringsteinschneidenden Folgen hervorruft (was insofern einen Grundrechtseingriff verbieten kann), wobei wiederum die Anwendung dieses Mittels dem angestrebten Zweck gegenüber nicht "unangemessen" sein darf, d.h. Mittel und Zweck müssen in ein

297) Vgl. BVerfGE, a.a.O.; BGH DVBl 53, 471; ähnlich v. Krauss, a.a.O., S. 25 ff., 32 ff.

298) So aber Dürig, AöR 81 (1956), 146; Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 115; ähnlich Lerche, Übermaß, S. 80 und Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 67; vor allem BGHSt 4, 375 ff. und 3, 385 ff.; wohl auch BVerwGE 5, 52.

299) Vgl. dazu schon oben S.65 f. und insbes. Jäckel, Grundrechtsgeltung, S.72 ff. mit dem Hinweis, daß insbesondere das BVerfG, aber wohl auch der BGH, von einer unabhängig von Art. 19 Abs. 2 GG zu sehenden Geltung dieses Grundsatzes ausgehen (a.a.O., S.75 f.).

"Verhältnis" zueinander gesetzt werden.³⁰⁰⁾ Unverhältnismäßig kann deshalb eine Maßnahme sein, wenn sie nicht geeignet und (oder) erforderlich ist, oder wenn sie sich auf Grund einer Wertung der beteiligten Interessen als in einem offensichtlichen Mißverhältnis zu dem gegebenen Anlaß oder beabsichtigten Erfolg stehend erweist.³⁰¹⁾

Für den Bereich des S t r a f r e c h t s folgt daraus, "daß die angedrohte Strafe (oder Maßnahme)³⁰²⁾ in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß.³⁰³⁾ Bei einem o f f e n s i c h t l i c h e n Mißverhältnis ist deshalb eine zwingende Gesetzesvorschrift entweder für nichtig anzusehen,³⁰⁴⁾ in eine Kannvorschrift umzudeuten³⁰⁵⁾ oder von zwei möglichen die den einzelnen am wenigsten belastende Maßnahme auszusprechen.³⁰⁶⁾

Bei den im Rahmen dieser Arbeit zu behandelnden Fragen wird unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen sein, ob im S t r a f v o l l -

300) Insoweit umfaßt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwei Grundsätze: a.) den der Erforderlichkeit und b.) den der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Vgl. dazu Lerche, Übermaß, S. 19 ff., der deshalb zur Deutlichkeit als Oberbegriff den neutralen Ausdruck "Übermaßverbot" verwendet (21); vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 124.

301) Vgl. BVerfGE 10, 55 (58 f.); 14, 19 (22 ff.); 17, 269 (279 f.); 20, 150 (155, 161 f.); 20, 351 (361); 21, 73 (86); vgl. insbesondere Gentz, NJW 68, 1603 ff. m.w.Nachw.

302) Einfügung vom Verfasser.

303) BVerfGE 6, 389 (439); BayVerfGH VerwRspr 3, 146 (150).

304) BayVerfGHE 3 II, 108 f.

305) Vgl. dazu die interessante Entscheidung des AG Berlin-Tiergarten NJW 68, 61 ff. m.zust. Anm. von Gentz, die die Aberkennung der Eidesfähigkeit nach § 161 Abs. 1 StGB bei Fällen geringer Schuld und fehlender Wiederholungsgefahr für unzulässig ansieht.

306) Vgl. dazu Warda, Dogmatische Grundlagen, S. 146 ff.; BGHSt 19, 256 f.

zug, zu seiner Durchführung eine Beschränkung des Postverkehrs erforderlich ist und (oder) ob nicht gegebenenfalls durch ein anderes Mittel der mit der Beschränkung verfolgte, höher als die beteiligten Interessen und Güter zu bewertende Zweck erreicht werden kann.

d.) Die Europäische Menschenrechtskonvention

Wenn die Europäische Menschenrechtskonvention (MRK) vom 4. November 1950 -außer der Bundesrepublik Deutschland von 15 anderen, dem Europarat angehörenden Staaten ratifiziert³⁰⁷⁾ und durch zustimmendes Bundesgesetz vom 7. August 1952 zu unmittelbar anzuwendendem innerdeutschen Recht erklärt³⁰⁸⁾ - hier unter dem Gesichtspunkt einer dem Gesetzgeber gezogenen materiellen Schranke behandelt wird, so mag das zunächst befremden, da die Konvention ganz überwiegend nur als reiner völkerrechtlicher Vertrag aufgefaßt wird. Man räumt ihr deshalb lediglich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes ein,³⁰⁹⁾ das mit ihm nicht übereinstimmendes früheres Recht aufgehoben, abgeändert oder ergänzt hat.³¹⁰⁾ Bedenkt man jedoch, daß entgegen dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" die MRK

307) Von den 18 Mitgliedsstaaten des Europarates haben 16 die Konvention ratifiziert. Die Unterzeichnung von Frankreich und der Schweiz fehlt noch; vgl. Guradze, MRK, S. 6 ff.

308) BGBl II, S. 685, berichtet II, S. 953; Zusatzprotokoll I vom 20.12.53, BGBl II, S. 1879. - Vgl. dazu BGH NJW 66, 727 m.Nachw. und 925.

309) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 2 Rdnr. 59 m.Nachw.; Maunz, Staatsrecht, S. 102; Schwarz-Kleinknecht, StPO, Vorbem. 2 zu Art. 1 MRK; OVG Münster NJW 56, 1374; BVerfG NJW 60, 1243; OLG Bremen NJW 60, 1265; BayVerfGH NJW 61, 1619; KG NJW 61, 2210 f.; BVerwG DVBl 62, 490; vgl. auch BGH NJW 66, 925 (mindestens Rang eines einfachen Gesetzes).

310) Vgl. BVerfGE 6, 389 ff.

von einem nicht unerheblichen Teil der Lehre den-
noch für "gesetzesfest", ³¹¹⁾ d.h. durch späteres
Bundesrecht nicht zu beseitigen oder abzuändern, an-
gesehen wird und daß ihr zudem gewichtige Stimmen im
neueren Schrifttum Verfassungs- ³¹²⁾ oder sogar Über-
verfassungsrang ³¹³⁾ zuerkennen, erscheint eine Klä-
rung dieser Frage gerade im Hinblick auf ein neu zu
schaffendes Bundesstrafvollzugsgesetz notwendig. Eine
Beantwortung drängt sich um so mehr auf, als die MRK
im Verhältnis zum Grundrechtskatalog detailliertere
und größtenteils enger gezogene Schrankenbestimmungen
enthält: ³¹⁴⁾ So wird -was das im Rahmen dieser Ar-
beit zu behandelnde Thema betrifft- gemäß Art. 8
Abs. 2 MRK der Eingriff einer öffentlichen Behörde
in den Briefverkehr nur dann für zulässig erklärt,
wenn er "in einer demokratischen Gesellschaft für
die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und
Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die
Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von
strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und
Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten ande-
rer notwendig ist", während Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG
den Eingriff in das Brief- und Postgeheimnis an kei-
ne Voraussetzungen knüpft und gegenwärtig im Straf-

311) Schwarz-Kleinknecht, StPO, a.a.O.; ähnlich Maunz-
Dürig, a.a.O. und wohl auch v. Mangoldt-Klein, S.
676.

312) Dohring, Allgemeine Regeln, S. 185 m.Nachw.;
Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im inner-
staatlichen Recht, S. 56 ff., 62, 70; v. Stak-
kelberg, NJW 60, 1265; Schorn, MRK, Bem. 41, 47
zur Präambel; wohl auch Guradze, Der Stand der
Menschenrechte im Völkerrecht, S. 172 ff.; DÖV
60, 286 ff.; 61, 12 f.; NJW 60, 1243; Echterhöl-
ter, JZ 55, 691.

313) Baumann, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 529 f.;
Pigorsch, Einordnung, S. 59 m.Nachw.; Klug, Ge-
dächtnisschrift H. Peters, S. 437 ff. (441); zum
ganzen Wäsche, Innerstaatliche Bindung, S. 62 ff.
m.Nachw.

314) Vgl. Guradze, MRK, S. 23 ff.

vollzug eine generelle Postkontrolle durchgeführt wird.

aa.) Wenn die herrschende Meinung es einerseits ablehnt, die Bestimmungen der MRK ³¹⁵⁾ als "allgemeine Regel des Völkerrechts" im Sinne von Art. 25 GG anzusehen und ihnen im Anschluß an die Transformationslehre ³¹⁶⁾ nur den Rang des sie inkorporierenden Gesetzes zuerkennt, ³¹⁷⁾ sie diese Bestimmungen andererseits jedoch, zumeist fußend auf der allgemeinen völkerrechtlichen Regel "pacta sunt servanda", ³¹⁸⁾ späteren Bundesgesetzen als vorgehend bezeichnet, erscheint diese Argumentation in der Tat brüchig. Denn nach richtiger Ansicht bindet die Regel "pacta sunt servanda" die Staaten nur völkerrechtlich und vermag über die innerstaatliche Geltung des völkerrechtlichen Vertrages nichts auszusagen. ³¹⁹⁾ Erkennt man aber der Konvention nur Gesetzesrang zu, unterliegt sie auch dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori". Der Erlaß eines der Konvention entgegenstehenden Bundesgesetzes könnte deshalb -würde man der herrschenden Meinung von der Gesetzesrangigkeit der MRK folgen- allenfalls einen Bruch der völkerrechtlich übernommenen Verpflichtung darstellen. ³²⁰⁾

315) Insoweit betrifft die Diskussion übereinstimmend nur den 1. Abschnitt der MRK.

316) Nach ihr bedarf es noch eines Zustimmungsgesetzes, damit das Völkervertragsrecht innerdeutsches Recht wird; vgl. dazu Partsch, a.a.O., S. 14 ff.; Maunz-Dürig, Art. 59 Rdnr. 25. - Demgegenüber genügt nach der im Vordringen begriffenen sog. Vollzugslehre für die Wirksamkeit des Vertrages ein Vollzugsbefehl des zuständigen staatlichen Organs, Partsch, a.a.O., S. 19 ff.; 48 ff.; Guradze, MRK, S. 12 f.

317) So die auf S. 73 in Fußn. 309 Angegebenen.

318) So Kaufmann, Normenkontrollverfahren, Ges. Schriften I, S. 608; Hildg. Krüger, ZBR 55, 289; ZBR 56, 311 Fußn. 10; wohl auch Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. 2 Rdnr. 59; v. Mangoldt-Klein, S. 676 und im Ergebnis Schwarz-Kleinknecht, StPO, Vorbem. 2 zu Art. 1 MRK.

319) Partsch, a.a.O., S. 72 ff. (78); Wäsche, Innerstaatliche Bindung, S. 29; Guradze, MRK, S. 14.

320) Partsch, a.a.O., S. 77 f.

bb.) Sicherlich ist eine solche Konsequenz bei der völkerrechtsfreundlichen Tendenz des Grundgesetzes ³²¹⁾ ein nicht unerheblicher Faktor, der auch die Kodifizierung eines neuen Bundesstrafvollzugsgesetzes zu beeinflussen hätte.

Indes erscheint die Ansicht, die MRK habe nur den Rang eines Bundesgesetzes, angesichts dieser Tendenz des Grundgesetzes und nicht unbedeutender und sich mehrender Stimmen im neueren Schrifttum als nicht mehr gesichert.

(a) Von der herrschenden Meinung wird völkerrechtliches Vertragsrecht zwar nur dann als "allgemeine Regel des Völkerrechts" i.S. von Art. 25 GG angesehen, "wenn es von der überwiegenden Mehrheit der Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft und von den maßgebenden Mächten als verpflichtend anerkannt wird". ³²²⁾ Hiergegen spricht aber zunächst, daß das Wort "allgemein" sich nicht auf den Inhalt, sondern auf den Geltungsbereich der "Regel" innerhalb einer Staatengemeinschaft bezieht. ³²³⁾ Zum anderen muß eine systematische Interpretation ergeben, daß eine "Regel" dann schon "allgemein" ³²⁴⁾ i.S. des Art.

321) Diese ergibt sich aus der Präambel, Art. 9 Abs. 2, 24, 25, 26 GG; vgl. Maunz-Dürig, Art.25, Rdnr.2 f.

322) Berber, Lehrbuch d. Völkerrechts I, S.99 f.; v. Mangoldt-Klein, S.675 f.; Maunz-Dürig, Art.25 Rdnr. 18.

323) Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 25 GG, vgl. JöR NF 1 (1951), 230 ff.; ebenso Guradze, MRK, S. 15.

324) Für die Interpretation ist zunächst bedeutend, daß "allgemein" vor "Regel" und nicht vor "Völkerrecht" steht; denn "allgemeines Völkerrecht" ist ein feststehender Begriff und gleichbedeutend mit der von der überwiegenden Meinung dem Begriff "allgemeine Regeln des Völkerrechts" beigemessenen Definition. Da für die systematische Interpretation darüber hinaus als Beziehungspunkt das Grundgesetz genommen werden muß, bilden alle die Staaten, deren Staatsform die gleichen Grundentscheidungen trifft wie das Grundgesetz (so z.B. nach BVerfGE 1, 14 (32/3) u.a. das Prinzip der (westlichen) Demokratie) und die sich die Einigung Europas zur gemeinsamen Aufgabe gemacht haben (vgl. das in der Präambel zum GG enthaltene Bekenntnis zur europäischen Einheit), mit der Bundesrepublik ein Ganzes. Insofern unterscheiden sich die Staaten des Europarates von allen übrigen Völkerrechtssubjekten und sind deshalb als eine Einheit anzusehen, vgl. eingehend hierzu Wäsche, a.a.O., S. 37 ff. (40 ff.).

25 GG ist, "wenn sie in einer Völkerrechtsgemeinschaft herrscht, die unter dem Blickwinkel der dem Grundgesetz unterliegenden Prinzipien als Ganzheit zu betrachten ist" ³²⁵⁾ (sog. partikuläres Völkerrecht). Dazu müssen dann aber neben Völkergewohnheitsrecht auch die in der MRK enthaltenen, subjektive Rechte und Pflichten einzelner erzeugenden und in deutsches Recht transformierbaren Normen gezählt werden, die diese "allgemeine" Geltung dadurch erlangen, daß sich 16 Staaten eines geschlossenen Rechtskreises -wozu der Europarat zu zählen ist- durch Ratifizierung zu ihnen bekannt und verpflichtet haben, sie anzuwenden. ³²⁶⁾

(b) Ist die Konvention aber fähig, selber "allgemeine Regeln" im Sinne von Art. 25 GG zu erzeugen, geht sie den Gesetzen vor, d.h. sie verdrängt sowohl frühere als auch spätere widersprechende innerstaatliche Gesetze. ³²⁷⁾ Das muß auch für die im 1. Abschnitt der MRK den allgemeinen Bestimmungen beigegebenen speziellen oder detaillierten Vorschriften, insbesondere die Schrankenbestimmungen gelten, da diese so eng miteinander verknüpft sind, daß sie zwar gedanklich zu trennen sind, dogmatisch aber nicht getrennt werden dürfen. ³²⁸⁾ Inhalt und Umfang eines Grundrechts ergeben sich erst, wenn man seine Schranken kennt und einbezieht.

Nach der hier für richtig gehaltenen Auffassung kann es

325) Wäsche, a.a.O., S.41 ff.; ebenso Guradze, MRK, S.15 f. m.Nachw.; Schorn, MRK, Bem. 26, 26a, 26b zur Präambel, jeweils m.w.Nachw.

326) Vgl. dazu ausführlich Wäsche, Innerstaatliche Bindung, S.41-58; Guradze, MRK, S.14 ff. - Vertragsrecht als "allgemeine Regeln" begründend sehen ebenfalls an v. Mangoldt-Klein, S.676; Echtermöller, JZ 55, 690; Scholtissek, Diss., S.68; Figorsch, Einordnung, S.97 f.; unentschieden BVerfGE 6, 363.

327) Vgl. zur Begründung des Art. 25 S.2 GG Maunz-Dürig, Art. 25, Rdnr. 22 ff.

328) Vgl. z.B. Art. 2 Abs.2; 4 Abs.3; 5 Abs.1 S.2; 8, 9, 10 u. 11 jeweils Abs.2 MRK; im Ergebnis wie hier: Wäsche a.a.O., S.32 ff.; Guradze, MRK, S.15 f.; anders noch in: Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht, S.177. - A.A. Schorn, MRK, Bem. 28 zur Präambel, jedoch widersprüchlich, da er in Bem. 26b "allgemein" nur auf den Geltungsbereich bezieht.

dann auch letztlich offen bleiben, ob die MRK Verfassungsrang³²⁹⁾ oder als Überpositives, vorstaatliches Recht³³⁰⁾ oder wegen ihrer "Garantie-, Bindungs- und Rechtsintegrationsfunktion"³³¹⁾ sogar Überverfassungs-rang einnimmt. Denn nach dem in Art. 60 MRK niedergelegten "Günstigkeitsprinzip" überdecken die günstigeren Bestimmungen des Grundgesetzes die der Konvention und umgekehrt.³³²⁾

Wenn man zudem durch die Normen der Konvention die Gesetzesvorbehalte des Grundgesetzes als konkret ausgefüllt und insoweit für den Gesetzgeber verbraucht,³³³⁾ ihn jedoch für nicht gehindert ansieht, günstigere Bestimmungen als die in der Konvention enthaltenen zu schaffen, muß man -auch wenn man der hier vertretenen Auslegung des Art. 25 GG nicht folgt- insgesamt zu dem Ergebnis kommen, daß bei einem neu zu schaffenden Vollzugsgesetz die im 1. Abschnitt der MRK enthaltenen Vorschriften absolut bindend sind und allenfalls durch günstigere Regelungen ergänzt werden können.³³⁴⁾

In Bezug auf Eingriffe in das Briefgeheimnis verdrängt deshalb der engere Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 MRK den des Art. 10 Abs. 2 S.1 GG.

329) Vgl. die Nachweise in Fußn. 312.

330) Baumann, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 529 f.

331) Klug, Gedächtnisschrift H. Peters, S. 437 ff. (442).

332) Guradze, MRK, S. 19. - Zur Frage der sich daraus ergebenden, von der h.M. aber für unzulässig gehaltenen Verfassungsbeschwerde bei Verletzungen von Bestimmungen der MRK vgl. Guradze, MRK, S. 29 f.; Schorn, MRK, Bem. 50 zur Präambel; Klug, a.a. O., S. 442 ff.

333) Vgl. den Bericht des BT-Ausschusses v. 30.4.52 über den Entwurf eines Zustimmungsgesetzes, ZaöRV 23 (1963), 187.

334) Guradze, MRK, S. 20.

e.) Sonstige Schranken

Die der staatlichen Strafgewalt außerdem gesetzten Schranken sollen nur kurz gestreift werden, da sie im Verhältnis zu den bisher aufgezeigten für die Bestimmung des Strafinhalts und der damit zusammenhängenden Frage der Beschränkung des Postverkehrs weniger Probleme aufweisen oder von untergeordneter Bedeutung sind.

aa.) Als besondere Ausgestaltung des Gerechtigkeitsprinzips und inhaltliche Präzisierung des Anspruchs auf Menschenwürde bindet der als Grundrecht in Art. 3 Abs. 1 GG positiv-rechtlich verbürgte allgemeine Gleichheitssatz unstreitig jede staatliche Gewalt, ³³⁵⁾ demnach auch den Strafvollzug. ³³⁶⁾ Art. 3 Abs. 1 GG verleiht dem einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gleich-, aber auch Ungleichbehandlung mit denen, die sich in wesentlich gleicher bzw. ungleicher Lebenslage befinden.

Orientiert sich der Gleichheitssatz am Gerechtigkeitsgedanken, so wird die insoweit weitgefaßte Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers erst dann in verfassungswidriger Weise überschritten, wenn die staatliche Maßnahme willkürlich ist, d.h. wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache des zu regelnden Bereiches folgender Grund für eine differenzierende Lösung nicht finden läßt. ³³⁷⁾

Der Gleichheitsgrundsatz fordert deshalb sowohl eine Rechtssetzungs- als auch eine Rechtsanwendungsgleichheit, ³³⁸⁾ wobei für den Strafvollzug

335) Maunz, Staatsrecht, S.121 f.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S.182 f.; zum ganzen Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, insbes. S. 43-74.

336) Vgl. v. Münch, JZ 58, 74; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 121 ff.

337) BVerfGE 1, 14 (52); 2, 336 (340); 4, 356; 9, 201 (206); 10, 246; 17, 199; BVerfG NJW 64, 1849 m.Nachw.

338) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.182 f.; zur Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes bei der Strafzumessung vgl. insbes. Warda, Dogmatische Grundlagen, S.157 ff.; Schorn, Schutz, S.98 f.; Tiedemann, GA 1964, 353, 360 ff.

die durch die Menschenwürde gebotene Individualisierung Anlaß zu sachgerechten Differenzierungen zu geben vermag. ³³⁹⁾

Zu prüfen wird deshalb sein, ob die im Strafvollzug ausgeübte generelle Postkontrolle in Einklang mit den Geboten des Gleichheitsgrundsatzes zu bringen ist. Dabei wird sich insbesondere die Frage stellen, ob nicht die Strukturverschiedenheit der einzelnen Täterpersönlichkeiten nach Herkunft, Geschlecht, Alter, Charakter, geistiger Entwicklung, Straftat, Rückfall usw. eine Differenzierung zwingend erfordert, so daß sich eine solche Nichtvornahme als offensichtlich unsachlich erweisen würde.

bb.) Ebenfalls als Ausfluß der in Art. 1 Abs. 1 GG anerkannten Würde des Menschen stellt sich das in Art. 104 Abs. 1 S.2 GG für den Fall der Freiheitsentziehung, d.h. für die vollständige, gegen oder ohne den Willen des Betroffenen von der öffentlichen Gewalt an einem bestimmten, eng umgrenzten Ort vollzogene Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit, ³⁴⁰⁾ noch einmal besonders hervorgehobene Verbot der seelischen und körperlichen Mißhandlung dar. ³⁴¹⁾ Insoweit deckt sich diese Aussage im wesentlichen mit Art. 2 Abs.2 S.2 GG, der die körperliche Unversehrtheit schützt. ³⁴²⁾ Durch den untrennbaren Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 S.2 und 3 erhält Art. 104 GG selbst Grundrechtscharakter und ist durch die Aktualisierungsnorm des Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar geltendes Recht, das Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung bindet. ³⁴³⁾ Abgesehen von diesem Verbot seelischer und

339) Vgl. dazu schon oben S.62 und Tiedemann, Rechtsstellung, S.123.

340) Maunz-Dürig, Art. 104, Rdnr. 5 f.

341) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 104, Rdnr. 20.

342) Maunz-Dürig, a.a.O.; Holtkotten, BK, Art. 104, II, 1a.

343) BVerfGE 10, 322; 14, 186; BGHZ 5, 46 (47); BVerwGE 1, 229 (231); Maunz-Dürig, Art. 104, Rdnr. 1, 20.

körperlicher Mißhandlung kann aus Art. 104 GG nur etwas über die Zulässigkeit der Freiheitsstrafe an sich, aber nichts über die Form des Vollzuges der Freiheitsbeschränkung entnommen werden.³⁴⁴⁾ Für das hier zu behandelnde Thema kann deshalb die materielle Schranke des Art. 104 Abs. 1 S.2 GG außer Betracht bleiben.

cc.) Folgerungen für den Strafinhalt und damit für ein zu schaffendes Strafvollzugsgesetz müssen jedoch auch aus dem vom Grundgesetz geforderten **S o z i a l - s t a a t s p r i n z i p** (Art. 20, 28 GG) gezogen werden. Denn unbestritten handelt es sich hierbei um einen der entscheidendsten Sätze unseres Verfassungsrechts überhaupt und um einen wichtigen Auslegungsgrundsatz, so daß alle Staatsorgane bei all ihren Handlungen den Maßstab der sozialen Gerechtigkeit zu beachten haben.³⁴⁵⁾

Als material-rechtsstaatliches Wertprinzip hat die soziale Gerechtigkeit im Bereiche des Strafrechts die Aufgabe, einerseits eine Synthese zwischen individueller Freiheit und Sozialbindung herzustellen, was sowohl den strafrechtlichen Schutz sozial schwacher Gruppen als auch die Beseitigung einer die soziale Machtstellung ausnützenden Kriminalität erfordert; andererseits verlangt sie als Synthese von Gerechtigkeit und sozialer Zweckmäßigkeit aber auch die **W i e d e r e i n - g l i e d e r u n g** des Kriminellen in die Gesellschaft durch Berücksichtigung sozialer Verhältnisse bei der Strafzumessung, bei der Verhängung und Durchführung

344) Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Art. 104; Anm. 4; BVerfGE 2, 118; ebenso OLG Hamm NJW 67, 217.

345) v. Mangoldt-Klein, S. 605 ff., dort auch Nachweise zu der Frage, ob es sich bei der Sozialstaatsklausel nur um einen bloßen Programmsatz oder um geltendes Recht handelt; vgl. dazu Wernicke, BK, Art. 20, Anm. II, 1d; Maunz, Staatsrecht, S. 67 f.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 47 f.

von Maßregeln, bei der Strafaussetzung zur Bewährung³⁴⁶⁾ und nicht zuletzt bei der Durchführung des Strafvollzuges.³⁴⁷⁾ Insoweit ist es insbesondere Aufgabe der Vollzugsverwaltung, die Beziehung des Gefangenen zur sozialen Mitwelt nicht zu stören, sie gegebenenfalls sogar zu fördern. Dieser Gesichtspunkt muß deshalb auch für die derzeitig ausgeübte, einen empfindlichen Eingriff in den Kontakt mit der Außenwelt darstellende Kontrolle des Postverkehrs entscheidende Bedeutung gewinnen.³⁴⁸⁾

dd.) Außer Betracht bleiben kann jedoch die in Art. 20 Abs. 3 GG ausgesprochene Bindung der Gesetzgebung an die ~~v e r f a s s u n g s m ä ß i g e~~ O r d - n u n g. Diese Aussage bedeutet nämlich, daß sich die Staatsorgane an die Grenzen der Grundrechtsbeschränkbarkeit zu halten haben. Für den zulässigen Strafinhalt können deshalb daraus weder direkt noch indirekt Folgerungen gezogen werden.

IV. Insbesondere die Grenzen des Eingriffs bei Untersuchungsgefangenen

Ohne Zweifel unterliegt auch eine die Voraussetzungen zur Anordnung der Untersuchungshaft aufstellende und ihre rechtliche Ausgestaltung betreffende Gesetzgebung denselben formellen und materiellen Schranken, die der staatlichen Strafgewalt bei Grundrechtsbeschränkungen, insbesondere bei der Ausgestaltung des Strafinhalts gesetzt sind. Insoweit kann deshalb zur Vermeidung von Wiederholungen auf die oben aufgezeigten Grundsätze verwiesen werden. Wenn hier aber dennoch für das Rechtsin-

346) Vgl. zu diesen Zielen einer sozialen Strafrechtspflege, Tiedemann, GA 1964, 354 ff.

347) Vgl. hierzu insbesondere Würtenberger, JZ 67, 233, 237 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

348) Vgl. dazu schon oben S.21 f. und unten S. 140 f., 147 ff.

stitut der Untersuchungshaft einige gesonderte Ausführungen folgen sollen, so sind sie durch die rechtliche Eigenart dieses Freiheitsentzuges begründet, die in einigen Punkten eine Akzentuierung zwingend erfordert. Denn gerade bei der Untersuchungshaft wird das gesamte Strafprozeßrecht beherrschende Spannungsverhältnis zwischen dem in Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 GG gewährleisteten Recht des einzelnen auf persönliche Freiheit und den unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung zur möglichst vollständigen Durchsetzung des materiellen Rechts besonders deutlich: ³⁴⁹⁾ Einerseits würde eine rasche und gerechte Ahndung schwerer Straftaten oftmals ohne die Erlaubnis, den mutmaßlichen Täter schon vor der Verurteilung festzunehmen und ihn eventuell bis zum Urteil in Haft zu halten, unmöglich sein; andererseits bedeutet jedoch die vollständige Entziehung der Freiheit in einer Haftanstalt ein derartiges Übel, das in einem Rechtsstaat grundsätzlich nur einem wegen einer gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung rechtskräftig Verurteilten zugefügt werden darf. Bedenkt man zudem, daß bei einem noch so dringenden Tatverdacht von einer grundsätzlichen Unschuldsvermutung zugunsten des Beschuldigten ausgegangen werden muß, was sich für das Recht der Bundesrepublik zwingend aus Art. 6 Abs. 2 MRK ergibt, ³⁵⁰⁾ so darf der Freiheitsentzug gegenüber einem der Straftat lediglich Verdächtigen nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zulässig sein und keinesfalls im Vorgriff auf die Strafe Maßregeln beinhalten, die in ihrer Wirkung der Freiheitsstrafe

349) Vgl. zu diesem die Untersuchungshaft beherrschenden Spannungsverhältnis BVerfG NJW 66, 243 f.; 66, 1259 und 1703, und allgemein Baumann, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 523 ff. (527 ff.).

350) Vgl. zur Geltung der MRK oben S. 73 ff. und speziell zu Art. 6 Abs. 2 MRK BVerfG NJW 66, 244.

gleichkommen. 351)

Zu lösen ist dieses Spannungsverhältnis nur, wenn den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlichen und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen ständig der Freiheitsanspruch des noch nicht Verurteilten als Korrektiv entgegengehalten wird. 352) Das bedeutet, daß die Untersuchungshaft in Anordnung, Dauer und V o l l z u g in besonderem Maße von dem Grundsatz der V e r h ä l t n i s m ä ß i g - k e i t 353) beherrscht sein muß. 354) Die Strafprozeßnovelle vom 19.12.64 hat diesem Grundsatz in der Neufassung der §§ 112 Abs. 1 S.2; 116, 120, 121 StPO besonderen Ausdruck verliehen. 355) Der Eingriff in die Freiheit ist deshalb nur dann hinzunehmen, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters (Zweck der U-Haft) nicht anders gesichert werden kann als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen, an dessen Unschuld berechnigte Zweifel bestehen. 356)

Daraus folgt zwingend, daß dem Untersuchungsgefangenen während des Vollzuges nur solche Beschränkungen auferlegt werden dürfen, die der Zweck der Haft oder -aus allgemeinen, objektiv aufzufassenden Ordnungs- und Sicherheitserwägungen- 357) die Ordnung in der Vollzugsanstalt unbedingt erfordert. Das gebietet wiederum eine

351) BVerfG NJW 66, 243 f.

352) BVerfG NJW 66, 1703 m.Nachw.

353) Vgl. näher dazu oben S. 70 ff.

354) BVerfG NJW 66, 1258; 67, 871; 1019; 1290 f.

355) Vgl. dazu BVerfG NJW 66, 244 und Eb. Schmidt, StPO, Nachtragsband I zu Teil II, Vorbem. 2 ff. zu § 112 und Dünnebier, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Ergänzungsband, Anm. 4 ff. vor § 112 ff.

356) BVerfG NJW 66, 244.

357) Vgl. Dünnebier, a.a.O., § 119, I, 1; III, 3; Eb. Schmidt, a.a.O., § 119, Rdnr. 21 und im einzelnen unten S. 151 ff.

strikte Trennung von Straf- und Untersuchungsgefangenen, möglichst in besonderen Haftanstalten, um nicht den noch als unschuldig geltenden Inhaftierten auch den dem Strafgefangenen auferlegten Beschränkungen faktisch auszusetzen. ³⁵⁸⁾ Maßnahmen, die erzieherischen Charakter besitzen oder die auf Wiedereingliederung gerichtet sind, sind deshalb unzulässig. ³⁵⁹⁾

An der Verfassungsmäßigkeit des diesen Grundsätzen entsprechenden und im Einklang mit Art. 8 Abs. 2 MRK stehenden § 119 Abs. 3 StPO bestehen deshalb zwar keine Bedenken. Bei der im 2. Hauptteil vorzunehmenden Einzeluntersuchung wird sich jedoch zeigen, daß § 119 Abs. 3 StPO wegen seiner generalklauselartigen Fassung größte Auslegungsschwierigkeiten bereitet, deren Beseitigung im Interesse der Rechtssicherheit und materiellen Gerechtigkeit durch ein Gesetz erfolgen muß, das die einzelnen notwendigen Beschränkungen in detaillierter Weise umreißt. Nur so kann dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, daß eingriffsermächtigende Normen derart **b e s t i m m t** sein müssen, daß der Bürger die von ihm zu duldenden Eingriffe voraussehen kann, entsprochen werden, da auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 119 Abs. 3 StPO nicht alle in diesem Zusammenhang auftauchenden Probleme zu lösen vermag. ³⁶⁰⁾

358) So schon Klee, GA 55 (1908), 261; Dünnebier, a.a.O., § 119, II.

359) Schorn, JR 67, 450.

360) Als Beispiel mag hier die Frage genügen, ob § 119 Abs. 3 StPO das Anhalten von Briefen mit beleidigendem Inhalt noch rechtfertigt, vgl. dazu unten S. 211 ff.

II. Abschnitt

Die gesetzlichen Grundlagen für den Vollzug der Freiheitsstrafen und der Untersuchungshaft

A. Die gesetzliche Grundlage des Strafvollzuges

Da auch der heutige Vollzug von Freiheitsstrafen außer der reinen Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit innerhalb einer geschlossenen Anstalt zahlreiche andere Grundrechtsbeschränkungen, insbesondere detaillierte Begrenzungen des Verkehrs mit der Außenwelt -und damit des Postverkehrs- kennt, gilt es deren gesetzliche Grundlage zu finden. Denn nach den im gewaltenteilenden Rechtsstaat geltenden Grundsätzen bedarf -wie schon gezeigt- jeder Eingriff in die grundrechtlich geschützte Sphäre des einzelnen einer formellen gesetzlichen Ermächtigung.

Bei der Suche nach der gesetzlichen Grundlage des Strafvollzuges soll etwas weiter ausgeholt werden, um die gegenwärtige Rechtslage besser verdeutlichen zu können.

I. Versuche einer gesetzlichen Regelung des Strafvollzuges

Schon bei der Beratung über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund war die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Strafvollzuges wegen seiner unterschiedlichen Ausgestaltung innerhalb Deutschlands im Reichstag zum Ausdruck gekommen.¹⁾

Diese Forderung wurde noch dadurch verstärkt, daß das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871²⁾ zwar ein einheitliches Strafsystem aufstellte,³⁾ für den

1) Stenographischer Bericht, I. Legislatur-Periode, Sitzung vom 4.3.1870, I. Session, 1870, S. 169-196.

2) Reichsgesetzblatt I, S. 127.

3) Die Freiheitsstrafe bestand in 4 Formen: in Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft und Haft; vgl. §§ 15-22.

Straf i n h a l t aber nur wenige, dürftige Bestimmungen gab und die Entscheidung der meisten Einzelfragen dem Ermessen der Verwaltung überließ. ⁴⁾ Damit blieb der Mangel an einer reichsrechtlichen Garantie für den einheitlichen Vollzug bestehen, wodurch "die mühsam hergestellte Einheit des Strafrechts völlig illusorisch erscheinen" mußte. ⁵⁾ Zudem diente der Strafvollzug trotz der immer nachhaltiger erhobenen Forderung nach Berücksichtigung des Erziehungs- und Besserungsgedankens auch nach dem Reichsstrafgesetzbuch weiterhin nur generalpräventiver und vergeltender Zweck- und Zielsetzung. ⁶⁾

Auf Antrag des Abgeordneten Tellkamp faßte 1874 der Reichstag deshalb die Resolution, die Reichsregierung zur Ausarbeitung eines Entwurfes für ein S t r a f - v o l l z u g s g e s e t z aufzufordern. ⁷⁾ Der 1879 fertiggestellte Entwurf ⁸⁾ scheiterte jedoch daran, daß zu dessen Durchführung die erforderlichen Geldmittel fehlten oder nicht aufgebracht werden wollten. ⁹⁾

Das Versagen der Reichsgesetzgebung führte jedoch nicht zu einem Stillstand der Reformbewegungen. Wenn auch eine größere Vereinheitlichung und Anpassung der Vollzugspraxis an die der fortschrittlichen Bundesstaaten erreicht wurde, so kam es dennoch auf gesetzgeberischem Gebiet nur zu den sog. B u n d e s r a t s g r u n d s ä t z e n vom 28. Oktober 1897, ¹⁰⁾ "welche bei dem Vollzuge gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen bis zu weiterer gemeinsamer Regelung zur Anwendung kommen". Diese waren rechtlich nur als unverbindliche Empfehlungen an die Län-

4) Ehrenforth, S. 11.

5) Kriesmann, S. 79.

6) Vgl. Eb. Schmidt, Zuchthäuser, S. 19, 22.

7) Stenographischer Bericht, II. Legislatur-Periode, Sess. II, No. 113.

8) Bundesratsdrucksache, Sess. 1878/9, No. 56; abgedruckt bei Krohne, Lehrbuch der Gefängniskunde, S. 553 ff.

9) Zum ganzen vgl. Kriegsmann, S. 78 ff.; v. Jagemann, Handbuch, Bd. I, S. 150 ff.

10) Veröffentlicht im Reichsanzeiger v. 8.11.1897.

der anzusehen ¹¹⁾ und in den meisten Punkten zu unbestimmt und auch nicht erschöpfend genug, um die bestehende gesetzliche Lücke schließen zu können. ¹²⁾

Ersetzt wurden diese "Grundsätze" dann auf Grund der Initiative des Reichsministers der Justiz, Radbruch, durch die "Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen" vom 7. Juni 1923 (Reichsratsgrundsätze ¹³⁾ als einer von den Ländern vereinbarten Verordnung, die allerdings formell weder Gesetzes- noch Reichsrecht darstellte. ¹⁴⁾ Ihre Bedeutung lag aber darin, daß sie -unter Anerkennung des Erziehungsgedankens- ihren Niederschlag in den von den Landesregierungen erlassenen "Dienst- und Vollzugsordnungen" fand.

Ein weiterer Versuch, den Vollzug reichsgesetzlich zu regeln, ¹⁵⁾ scheiterte im Reichstag. ¹⁶⁾ Da auch in der nachfolgenden Zeit alle Versuche einer gesetzlichen Regelung erfolglos blieben, ist noch heute festzustellen, daß von einem gesetzlich geregelten Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gefangenen nicht die Rede sein kann.

II. Reichs- bzw. bundesgesetzliche Bestimmungen über den Strafinhalt

Fehlt aber bis zur Gegenwart ein die Rechtsstellung des Strafgefangenen umfassend regelndes Gesetz, kommen als

11) Kriegsmann, S. 139 ff.; Maurach, AT, S. 689.

12) Vgl. zum ganzen Bumke, in: Bumke, S. 26 f.; insbes. Kriegsmann, S. 80 ff. (85 f.).

13) RGBL. 1923, Teil II, Nr. 23, S. 263; abgedruckt in: Bumke, S. 511-529 (§§ 112-125 für den Briefverkehr). - Vgl. hierzu Bumke, in: Bumke, S. 27 ff.; Starke, in: Bumke, S. 147 ff. (S. 166 ff. für den Briefverkehr), insbes. Ehrenforth, der die Rechtsstellung des Gefangenen nach den "Grundsätzen" untersucht. Dort auch Einzelheiten zur Regelung des Briefverkehrs, S. 66 ff.

14) Bumke, in: Bumke, S. 28.

15) Reichstag 1924/27, Drucksache Nr. 3628; Gesetzesentwurf des Reichsjustizministers v. 9. Sept. 1927. - Vgl. dazu die eingehenden Beratungen des Vereins der Deutschen Strafanstaltsbeamten, BlfGefängnK 58, 102 ff., 391 ff.; 59, 5 ff.

16) Mittermaier, Gefängniskunde, S. 27.

Grundlage des Strafvollzuges nur die in der Verfassung, dem Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871 und der Strafprozeßordnung vom 1.2.1877 enthaltenen wenigen gesetzlichen Bestimmungen über den Strafvollzug und die rechtliche Stellung des Gefangenen in Frage.

Dem im gewaltenteilenden Rechtsstaat geltenden Grundsatz, daß jeder Eingriff in die grundrechtlich geschützte Individualsphäre einer bestimmten formellen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, damit der Bürger in etwa die von ihm zu duldenden, von der Volksvertretung gebilligten Eingriffe voraussehen kann, vermögen die vorhandenen Vorschriften aber nicht zu genügen. Aus ihnen kann nach richtiger Ansicht im wesentlichen nur etwas über die Zulässigkeit der strafweisen Freiheitsentziehung an sich, jedoch nichts über die entscheidende Frage entnommen werden, ob im Strafvollzug etwa Eingriffe in die Grundrechte der Art. 5 und 10 GG zulässig sind, d.h. ob z.B. alle Briefe einer Überwachung unterliegen oder ob gegebenenfalls ein Brief, der auf eine Heiratsannonce antwortet oder der Anstaltsverhältnisse behandelt, von der Beförderung ausgeschlossen werden darf.

So ergibt sich aus Art. 12 Abs. 3, 74 Ziff. 1, 104 GG; § 19 StGB die Zulässigkeit ¹⁷⁾ bzw. die Berechnung des zu vollziehenden Freiheitsentzuges. Art. 12 Abs. 3 GG; §§ 15, 16, 362 StGB betreffen als einzige Bestimmungen insoweit den über den reinen Freiheitsentzug hinausgehenden Strafinhalt, als in ihnen die Zulässigkeit bzw. der Umfang der Arbeitspflicht geregelt ist. Die sonstigen Bestimmungen behandeln nur die Anordnung der Einzelhaft (§ 22 StGB), die Anrechnung des Krankenhausaufenthalts während der Strafzeit (§ 461 StPO) oder die Strafvollstreckung (§§ 449 ff. StPO), d.h. das Verfahren, in dem die Voraussetzungen geprüft werden, unter denen der Verurteilte in eine Strafanstalt eingewiesen werden kann.

Insbesondere muß schon hier die Ansicht verworfen werden, der Gesetzgeber habe unter "Zuchthaus", "Gefängnis",

17) Vgl. dazu oben S.81 bei Anm. 344 und Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 24 f.

"Einschließung" und "Haft" (§§ 14, 16, 17, 18 StGB) fest-umgrenzte Begriffe verstanden und deshalb mit ihrer Ver-wendung alle die Beschränkungen mitgedacht, die man ge-meinhin unter "Zuchthaus" usw. verstehe und die der Staat im Rahmen dieser Strafen über den reinen Freiheitsentzug und die Arbeitspflicht hinaus aufzuerlegen pflege. ¹⁸⁾

Abgesehen davon, daß die Entstehungsgeschichte dieser Vor-schriften beweist, daß wegen der unterschiedlichen Voll-zugspraxis in den deutschen Ländern der Gesetzgeber die Entscheidung über den zulässigen Strafinhalt gerade einem eigenen Gesetz überlassen wollte, ¹⁹⁾ sind diese Begriffe -wie die gesamte Diskussion über die Strafvollzugsreform, aber allein schon das Problem der Einheitsstrafe oder des offenen Vollzuges zeigt- zu unbestimmt und Schwankungen unterworfen. Unter rechtsstaatlichen Anforderungen kann und darf ihnen deshalb eine Aussage über den insgesamt zu-lässigen Strafinhalt, d.h. über die konkrete Ausgestaltung des Strafvollzuges, nicht entnommen werden. ²⁰⁾

Als gesetzliche Grundlage für die den Freiheitsentzug kon-kretisierenden Maßnahmen der Vollzugsverwaltung scheidet ebenso die Kontrollrats-Direktive Nr. 19 ²¹⁾ aus. Selbst wenn sie noch fortgeltendes Besatzungsrecht wäre, ²²⁾ so enthält sie doch im wesentlichen nur allgemeine "Grundsät-ze", ²³⁾ die keine neuen Befugnisse oder Eingriffsermäch-tigungen schaffen wollten. ²⁴⁾ Das ergibt sich insbesonde-re aus der Wendung des ersten Grundsatzes: "Genaue und ge-wissenhafte Ausführung der gefällten Rechtssprüche", aus der zu entnehmen ist, daß die "Grundsätze nur die Ausübung der Befugnisse regeln will, die der Vollzugsbehörde auf Grund des strafrichterlichen Urteilsspruches zuerkannt wer-

18) So Basta, Anstaltsgewalt, S. 45.

19) Vgl. dazu schon oben S. 86 f. und auch Andrae, Straf-vollzug, S. 110 und eingehend Spannagel, S. 81 f.

20) So im Ergebnis auch Depenbrock, S. 44; Spannagel, S. 81 f. und Tiedemann, Rechtsstellung, S. 98.

21) Vom 12.11.1945, Amtsblatt des Kontrollrates von Deutschland, S. 46 ff.

22) So Depenbrock, S. 25 ff.

23) So die Direktive in ihrer Ziffer 1.

24) Depenbrock, S. 28 f.; Spannagel, S. 43 f.; Tiedemann, NJW 67, 90.

den. Die in der Direktive enthaltenen näheren Erläuterungen bestätigen dies, da sie nur allgemeine Richtlinien aufstellen, die bei der Arbeit der Vollzugsbehörden berücksichtigt werden müssen. Als gesetzessgleiche Grundlage für Grundrechtseinschränkungen kann die Direktive Nr. 19 deshalb nicht angesehen werden.

III. Die Bedeutung der Vollzugsordnungen

Obwohl bis heute ein Gesetz fehlt, das die den Vollzug konkretisierenden und den eigentlichen Strafinhalt ausmachenden Maßnahmen enthält, hat sich die in den Strafanstalten geübte Vollzugspraxis zu keiner Zeit in einem "regelungsfreien Raum" vollzogen. Vielmehr war und ist diese in zahlreichen, sich inhaltlich wandelnden Vorschriften, wie Hausordnungen, Vollzugsordnungen, "Grundsätzen" usw., niedergelegt, deren rechtliche Grundlage und Verbindlichkeit angesichts des gesetzgeberischen Versagens und des zunehmenden rechtsstaatlichen Denkens umstritten sein mußten.

1. Die Dienst- und Vollzugsordnung der Bundesländer vom 1. 12. 1961 (DVollzO)

Umfassend und für die Bundesrepublik einheitlich geregelt ist die Vollzugspraxis mit ihren vielfältigen Eingriffen und Anordnungen in der von den Landesjustizministern im Wege eines Verwaltungsabkommens ²⁵⁾ vereinbarten Dienst- und Vollzugsordnung der Bundesländer vom 1.12.1961 (DVollzO). Diese löste mit ihrem Inkrafttreten am 1.7.1962 die in den einzelnen Ländern zum Teil erheblich voneinander abweichenden ²⁶⁾ Strafvollzugsordnungen ab.

Wenn sich auch im tatsächlichen die Eingriffe der Vollzugsverwaltung in die Freiheitssphäre des einzelnen nach der

25) Vgl. dazu Tiedemann, Rechtsstellung, S. 57 f.

26) Vgl. die synoptische Gegenüberstellung der in den Ländern der Bundesrepublik und in Westberlin geltenden Strafvollzugsvorschriften, zusammengestellt vom BJM (Maschinenschrift) 1955.

DVollzO vollziehen und von ihr der Strafinhalt faktisch bestimmt wird, so kann sie jedoch nicht als rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Rechtsgrundlage und damit nicht als eine vom Grundgesetz für Grundrechtseinschränkungen geforderte Eingriffsermächtigung angesehen werden. Dabei ist es für diese Frage ohne Belang, ob man der DVollzO mangels ausdrücklicher Ermächtigungsgrundlage und formeller Verkündung in einem Gesetz- und Verordnungsblatt oder einem entsprechenden Organ nur den Rechtscharakter einer die Vollzugsverwaltung innerdienstlich bindenden Verwaltungsordnung beimißt, ²⁷⁾ oder ob man ihr im Hinblick auf einen wünschenswerten, nicht nur indirekten ²⁸⁾ Rechtsschutz von ihrem materiellen Gehalt her Rechtssatzcharakter in Form einer Sonderverordnung zuerkennt. ²⁹⁾ Denn in keinem Fall ist den für Grundrechtseinschränkungen -und um die geht es in erster Linie- von Art. 19 Abs. 1 GG zwingend aufgestellten formellen Erfordernissen genügt. Weder stellt die DVollzO selbst ein formelles Gesetz i.S. des Art. 19 Abs. 1 GG dar, noch besteht ein formelles Gesetz, das die Vollzugsverwaltung ermächtigt, in die Grundrechtssphäre des Gefangenen in der in der DVollzO beschriebenen Art und Weise einzugreifen. ³⁰⁾

2. Die DVollzO als inhaltliche Wiedergabe der Verordnung vom 14.5.1934

Entscheidende Bedeutung für die konkrete Ausgestaltung des Strafvollzuges mit seinen vielfältigen Eingriffen könnte der

-
- 27) Depenbrock, NJW 63, 89 ff., Erwachsenen-Strafvollzug, S.21 ff.; Spannagel, Diss., S.64; Altenhain, JVB1 60, 195; Röhl, NJW 60, 413; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.124, 132 ff.; Hans, JVB1 63, 126 ff.; OLG Celle NJW 61, 692; OLG Düsseldorf NJW 60, 1071; OLG Nürnberg JVB1 61, 190; BayVerfGH NJW 68, 1227; OLG Hamburg NJW 63, 1790; OLG Oldenburg NJW 64, 2071; OLG Hamburg JZ 64, 604; OLG Celle NJW 69, 673.
- 28) Vgl. dazu die Kritik von Brohm, DÖV 64, 243 ff. an der insbes. vom BVerwG, z.B. NJW 59, 1843; DÖV 63, 104; JZ 62, 64, vertretenen Auffassung, die einen Rechtsschutz erst über Art. 3 GG durch die in den Verwaltungsanordnungen zum Ausdruck gekommene "Selbstbindung der Verwaltung" erreicht; vgl. für die DVollzO z.B. OLG Bremen, MDR 67, 1025.
- 29) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.111 f.; Herb.Krüger, Smendfestchrift, S.239; Bachof, Laforetfeestschrift, S.300 ff., 309 ff.; Obermayer, Innerdienstlicher Rechtsakt, S.173; Baumann MschrKrim 64, 62 ff.; Kussmann, Diss., S.23 ff.; Leisner, DVBl. 60, 621 m.Fußn. 24; Brohm, DÖV 64, 247 ff.; Maunz-Dürig, Art. 19 Abs.4, Rdnr. 30; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 54 ff.; Gahlen, JVB1 63, 125; OLG Bremen, Rpfleger 60, 341; OLG Hamm, NJW 61, 693 m.Nachw.; NJW 63, 1465.
- 30) Vgl. dazu schon oben S. 55 ff.

DVollzO allerdings dann zukommen, wenn sie eine inhaltliche Wiedergabe früherer Rechtssätze darstellen würde, die zur Zeit ihres Erlasses den Anforderungen entsprachen, die das damals geltende Staatsrecht an eine rechtsverbindliche Norm stellte. Für den Fall, daß diese Rechtssätze nicht durch die späteren rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse aufgehoben bzw. hinfällig geworden sind, könnte ihnen nämlich in bestimmtem Umfange gem. Art. 123, 125 GG als Bundesrecht Fortgeltung zugesprochen werden. Die DVollzO wäre dann zwar nicht selbst Rechtsgrundlage, gegen ihre Anwendung bestünden aber keine Bedenken, weil ihr Inhalt letztlich doch durch eingriffsermächtigende Rechtssätze gedeckt wäre. ³¹⁾

Da insoweit die "Reichsratsgrundsätze" von 1923 und sämtliche früheren Dienst- und Vollzugsordnungen wegen ihres mangelnden Gesetzescharakters ausscheiden, ³²⁾ kommt allein die auf Grund des Art. 5 des 1. Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich v. 16.2.1934 ³³⁾ erlassene "V e r o r d n u n g über den Vollzug von Freiheitsstrafen und von Maßregeln der Sicherung und Besserung, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind", ³⁴⁾ v. 14.5.1934 näher in Betracht.

Diese Verordnung noch als Grundlage des heutigen Strafvollzuges anzusehen, ³⁵⁾ erscheint -wie die Untersuchung Tiedemanns ³⁶⁾ deutlich zu machen versucht hat- nicht völlig ausgeschlossen. Dennoch dürften die Gründe, die gegen ihre weitere Anwendung als Rechtsgrundlage sprechen, gewichtiger sein. Zwar lassen Verkündigungsform, die eingangs aufgeführte gesetzliche Ermächtigungsgrundlage und ihr Inhalt auf den Rechtscharakter einer gesetzesvertretenden und in ihrer Fortgeltung von Art. 129 Abs.

31) Vgl. Spannagel, S. 47.

32) Vgl. dazu schon oben S. 88 und Spannagel, S.45 f. m.Nachw.

33) RGBl. S. 91, erlassen auf Grund des sog. Ermächtigungs-gesetzes vom 24.3.1933.

34) RGBl. I, S.383; abgedruckt in Pfundtner-Neubert, II, C 14, S. 4 ff.

35) So z.B. Staatssekretär Bülow vom BJM in der Fragestunde des Bundestages v. 2.3.1966 (Sten. Berichte des Deutschen Bundestages, 5. Wahlp., 24. Sitzung, S.1049); auch OVG Hamburg, Urteil v. 4.8.1951, CVG Bd. I, 89, 51. - Für die Zeit vor 1945: Boehmann, S. 46 ff.; Hauptvogel, in: Pfundtner-Neubert, II, C 14, S. 3.

36) NJW 67, 87-91.

3 GG nicht berührten ³⁷⁾ Rechtsverordnung schließen. ³⁸⁾ Die erheblichen und durchgreifenden Bedenken gegen die Fortgeltung dieser Verordnung bestehen aber darin, daß die als nur vorläufig, d.h. bis zum Inkrafttreten eines Reichsgesetzes, gedachte und im wesentlichen lediglich auf die "Grundsätze" von 1923 verweisende Verordnung ³⁹⁾ in dem sehr weit gefaßten Art. 5 des 1. Überleitungsgesetzes ⁴⁰⁾ eine Stütze hat, die nicht ermächtigen konnte, Bestimmungen zu erlassen, die das Verhältnis zwischen Staatsbürger und Staat regeln. ⁴¹⁾ Denn abgesehen davon, daß das 1. Überleitungsgesetz auf Grund des schon nach den Vorschriften der WV ⁴²⁾ u n g ü l t i g e n sog. Ermächtigungsgesetzes erlassen wurde, befaßt sich das gesamte Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich mit jener gewaltigen Umwälzung innerhalb des Staatsaufbaues, betraf also allein die Beziehungen verschiedener Staatsorgane und Behörden zueinander. ⁴³⁾ Da im Rahmen dieser allgemeinen Überleitung der Landesverwaltungen auf das Reich ⁴⁴⁾ auch die Strafvollzugsverwaltung in die Hände des Reichsjustizministers übergang, konnte dieser durch Art. 5 des 1. Überleitungsgesetzes allenfalls ermächtigt worden sein, den innerdienstlichen Aufbau, die Zuständigkeitsfragen, die Dienstaufsicht usw. neu zu regeln oder die auf Länderebene bestehende verwaltungsrechtliche Regelung des Strafvollzuges, die Reichsgrundsätze von 1923, durch eine verwaltungsrechtliche Verordnung auf Reichsebene zu ersetzen. ⁴⁵⁾ Eine Ermächtigung, in die Rechtssphäre des einzelnen einzugreifen, kann deshalb in Art. 5 des 1. Überleitungsgesetzes nicht gesehen werden. Die Verordnung von 1934 scheidet deshalb schon

37) BVerfG NJW 61, 1395; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 118.

38) Tiedemann, NJW 67, 88 ff. m.Nachw.

39) So ausdrücklich Art. 1 der Verordnung; vgl. auch Hauptvogel, a.a.O., S. 1 ff.; zur "Vorläufigkeit" vgl. Tasche, NJW 52, 409 und BVerfG NJW 53, 1178.

40) Art. 5 lautet: der Reichsjustizminister wird ermächtigt, alle Bestimmungen zu treffen, die durch den Übergang der Justizhoheit auf das Reich erforderlich werden.

41) Wie hier: Altenhain, JVB1 62, 56; Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S.23 f.; Kussmann, S.26; Spannagel, S.52; ebenso OLG Stuttgart BlfStrfvollzK 1965 Nr. 1, 12. - A.A. wohl Tiedemann, NJW 67, 89.

42) Vgl. BVerfGE 6, 198; 6, 331.

43) Spannagel, S.52.

44) Vgl. Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30.1.34; RGB1 I, S. 75.

45) Spannagel, a.a.O.; Depenbrock, a.a.O., S. 23 f.

aus formellen Gründen als Rechtsgrundlage für grundrechtseinschränkende Maßnahmen im Strafvollzug aus.

Zu diesen Bedenken formeller Art kommen aber noch im Hinblick auf Art. 123 Abs. 1 GG solche inhaltlicher Art, da die Verordnung, nationalsozialistisches Rechtsdenken verwirklichend,⁴⁶⁾ dementsprechende gewichtige Verschärfungen des Vollzuges mit sich brachte⁴⁷⁾ und sogar die Auffassung vertreten wird, die Verordnung von 1934 sei durch die überwiegend totalitäres Gedankengut enthaltende⁴⁸⁾ Strafvollzugsordnung vom 22.7.1940⁴⁹⁾ "abgelöst"⁵⁰⁾ bzw. "inhaltlich verändert"⁵¹⁾ worden. Verdeutlicht man sich nämlich, daß schon Art. 2 IV der Verordnung von 1934 in Abweichung von § 123 Abs. 1 der "Grundsätze" von 1923 dadurch eine "erhebliche Erweiterung der Zurückbehaltungsbefugnis"⁵²⁾ schuf, daß ein die Ziele des Strafvollzuges, d.h. in erster Linie die V e r g e l t u n g,⁵³⁾ gefährdender Schriftverkehr nicht geduldet wurde, gleichgültig, ob "sich die Gefährdung aus der Persönlichkeit oder den Beziehungen der Beteiligten oder der Form, dem Ton oder Inhalt der

46) Vgl. dazu Hauptvogel, a.a.O., S. 1 ff. (3).

47) So die Abschaffung der Strafanstaltsbeiräte (Art. 2, I), die Betonung der Strafe als Sühne und empfindliches Übel (2, II), Anpassung der Vorschriften über Unterricht und Bücherei an den Gedanken der Erziehung zu vaterländischer u. rechtlicher Gesinnung und Heranbildung zur Volksgemeinschaft (2, III), Beschränkung der Beschwerdemöglichkeiten (2, VI) und Verschärfung des Arrestes. - R. Müller, ZfStrVo 52/53, 314 spricht deshalb von einem "Rückfall in die Barbarei".

48) Vgl. vor allem Nr. 48 (Strafvollzug als Volksschutz und Abschreckung); vgl. dazu die Einführung von Eichler-Schmidt-Dallinger, in: Pfundtner-Neubert, II, C 14, S. 17 ff.

49) Publiziert in der Amt. Sonderveröffentlichung der Deutschen Justiz; abgedruckt bei Pfundtner-Neubert, II, C 14, S. 21 ff.

50) Vgl. Welzel, LB, S.241; durch Einführungsverordnung vom 22.6.1940, amtlt. Sonderveröffentlichung der Deutschen Justiz, Nr. 21, hat der Reichsjustizminister die Verordnung vom 14.5.1934 außer Kraft gesetzt. - Gesetzescharakter kommt der Strafvollzugsordnung von 1940 nicht zu, da sie ebenfalls ohne Ermächtigung nur als Verwaltungsanordnung erlassen worden ist, vgl. Tiedemann, NJW 67, 89 f.; Spannagel, S.52.

51) OLG Hamm JVB1 62, 69; 63, 58 ff.; vgl. dazu Tiedemann, NJW 67, 90.

52) Hauptvogel, a.a.O., S. 7 (zu Art. 2, IV: 2).

53) Vgl. Art. 2, I.

Mitteilungen" ergab, so bestehen jedenfalls für den hier zu untersuchenden Bereich des Strafvollzuges insbesondere wegen des nicht gewährten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durchgreifende Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung. Wenn nämlich schon -wie im einzelnen noch zu zeigen sein wird- an der Grundgesetzmäßigkeit der Regelung des Postverkehrs nach der heutigen DVollzO begründete Zweifel bestehen, dann erscheint es erst recht -und zwar nicht nur aus rechtspolitischen, sondern vor allem aus verfassungsrechtlichen Erwägungen- verfehlt, die Verordnung von 1934 von ihrem materiellen Gehalt her noch als Rechtsgrundlage für Grundrechtseinschränkungen im Bereiche des Postverkehrs anzusehen.

Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß für den Strafvollzug nur eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, die den Entzug der körperlichen Bewegungsfreiheit und den Arbeitszwang rechtfertigt. Für sonstige grundrechtseinschränkende Maßnahmen fehlt eine gesetzliche Regelung. ⁵³⁾

B. Die gesetzliche Grundlage der Untersuchungshaft

I. Die Bestimmungen in der Strafprozeßordnung

Im Gegensatz zum Strafvollzug bestehen für das Recht der Untersuchungshaft bundesgesetzliche Bestimmungen, die grundrechtsbeschränkende Maßnahmen im Vollzug rechtfertigen. Diese Vorschriften befinden sich insgesamt -wenn auch nur wenige Paragraphen umfassend- in der Strafprozeßordnung ⁵⁴⁾ und sind deshalb als

53) Vgl. zu dem Problem, ob ein Teil der heutigen Vollzugspraxis auf Gewohnheitsrecht gestützt werden kann, schon oben S.56 f. die ablehnende Stellungnahme; vgl. auch noch Hans, JVB1 63, 127 f.; Spannagel, S.15, 53 ff., 88 ff. und Tiedemann, Rechtsstellung, S.38 f. und NJW 67, 91. - Selbst wenn man Vollzugsgewohnheitsrecht in einem eng begrenzten Rahmen für ausreichend ansehen würde, könnte dies allenfalls eine die gegenwärtige Rechtslage rechtfertigende "Notlösung" sein, wie Spannagel, S.135, selber einräumt. Jedenfalls wird mittlerweile auch eine -eventuell von der Verfassung gebilligte- Übergangszeit als beendet angesehen werden müssen. - Zur Frage, ob das besondere Gewaltverhältnis "Strafvollzug" sonstige Grundrechtseingriffe rechtfertigt, vgl. insoweit die Ausführungen im folgenden III. Abschnitt.

54) Nach dem in Art. 60 MRK niedergelegten "Günstigkeitsprinzip" stellen die Paragraphen in der StPO gegenüber der Regelung in Art. 5 MRK die günstigeren Vorschriften dar und finden deshalb Anwendung; vgl. dazu oben S. 78 und Guradze, MRK, Art. 5, Anm. 17-19 (S.75).

eine den formellen Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 GG entsprechende gesetzliche Grundlage anzusehen.⁵⁵⁾ So sind die Voraussetzungen der nur vom Richter auf Grund eines schriftlichen Haftbefehls anzuordnenden (Art. 104 Abs. 2 und 3 GG; § 114 StPO) Untersuchungshaft in den §§ 112, 113 StPO aufgeführt.⁵⁶⁾ Bestimmungen über das Verfahren nach der Verhaftung, Haftprüfung und Aussetzung des Vollzuges und den damit verbundenen Ersatzmaßnahmen enthalten die §§ 114 a - 118 b, 123, 124 StPO. Die Dauer der Haft und ihre richterliche Überprüfung regeln die §§ 120 - 122 StPO.

Dem eigentlichen **V o l l z u g** der Untersuchungshaft widmet sich die Strafprozeßordnung allerdings nur in einem einzigen Paragraphen (§ 119 StPO). Während die Absätze 1 und 2 in erster Linie die Unterbringungsfrage behandeln, enthält § 119 im übrigen -abgesehen davon, daß die Fesselung in bestimmten Fällen für zulässig erklärt wird (Abs. 5)- über die grundsätzlich nur vom Richter zu überwachende (Abs. 6) Ausgestaltung des Vollzuges nur generalklauselartig abgefaßte Bestimmungen, die nur die Grenzen der Eingriffs- und Beschränkungsbefugnis umreißen.⁵⁷⁾ So bedürfen nach Abs. 3, der "magna charta" des Untersuchungsgefangenen,⁵⁸⁾ dem Verhafteten "nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Untersuchungshaft oder die Ordnung in der Vollzugsanstalt erfordert", und nach Abs. 4 wird die Verschaffung von Bequemlichkeiten und Beschäftigungen -sofern der Verhaftete die Kosten trägt- zugelassen, "soweit sie mit dem Zweck der Haft vereinbar sind und nicht die Ordnung in der Vollzugsanstalt stören".

Keinen Beschränkungen unterworfen ist dagegen der schriftliche und mündliche Verkehr des Beschuldigten mit dem **V e r t e i - d i g e r**, wie § 148 StPO als insoweit einzige Sonderregelung ausdrücklich bestimmt.

55) Vgl. dazu schon oben S. 55 ff. und insbesondere BVerfG NJW 63, 755; Kaiser, NJW 67, 866.

56) U-Haft ist auch die gem. §§ 230 Abs. 2 und 236 StPO angeordnete Haft, Grunau, UVollzO, S. 11.

57) Zur Frage der Verfassungskonformität von § 119 Abs. 3 StPO siehe oben S. 84 f.

58) Wagner, JW 28, 2963; Dallinger, MDR 51, 121.

II. Die Bedeutung der Untersuchungshaftvollzugsordnung (UVollzO)

Da -wie oben gezeigt- die Strafprozeßordnung in § 119 Abs. 3 für die zulässigen Beschränkungen nur einige Richtlinien angibt, an die der Richter bei den von ihm für die Bestimmung des Vollzugsinhaltes zu treffenden Maßnahmen (Abs. 6) gebunden ist,⁵⁹⁾ es im tatsächlichen für ihn jedoch unmöglich ist, für jeden einzelnen Untersuchungsgefangenen den gesamten Haftvollzug durch Spezialanordnungen zu regeln,⁶⁰⁾ haben die Justizverwaltungen der Länder am 12.2.1953 eine bundeseinheitlich geltende U n t e r s u c h u n g s h a f t v o l l z u g s o r d n u n g (UVollzO) beschlossen, um dem Richter ein Modell an die Hand zu geben, das ihrer Auffassung nach einen geordneten Vollzug zu gewährleisten vermag.⁶¹⁾

In rechtlicher Hinsicht kommt der UVollzO -je nach Adressatenkreis- eine dreifache B e d e u t u n g zu:

(1) Als bloße Verwaltungsanordnung⁶²⁾ ist sie für den R i c h t e r nur eine unverbindliche Richtlinie, die erst durch ausdrückliche oder konkludente richterliche Anordnung, meist mit der Einweisung,⁶³⁾ für den betreffenden Verhafteten insgesamt in Kraft tritt, sofern sie der Richter nicht im Interesse einer notwendigen Individualisierung durch Abstriche oder Zusätze, die sich im Rahmen von § 119 Abs. 3 StPO halten müssen, modifiziert.⁶⁴⁾

59) BVerfG NJW 63, 755; Müller-Sax (KMR), § 119, 1; Grunau, UVollzO, S. 10 (Rdnr. 9).

60) Grunau, UVollzO, S. 9 f.; Schwarz-Kleinknecht, § 119, 1.

61) Kleinknecht, JZ 53, 532; Grunau, UVollzO, S. 9; Dünnebier, in: Löwe-Rosenberg, § 119, I, 2.

62) Einhellige Meinung, vgl. BVerfG NJW 63, 756; OLG Hamburg NJW 62, 1633; OLG Hamm JMB1 NRW 64, 247; OLG Braunschweig MDR 65, 1007; LG Krefeld MDR 65, 1008; OLG Frankfurt JR 65, 473; Kleinknecht, JZ 53, 532; Eb. Schmidt, StPO, § 119, Rdnr. 4 m.Nachw. - Wegen § 119 Abs. 3 hat sich deshalb auch nicht die Frage gestellt, ob nicht auch -wie bei der DVollzO- die UVollzO als Sonderverordnung Rechtssatzcharakter hat, vgl. dazu oben S. 92 m.Fußn. 29.

63) Grunau, UVollzO, S. 10 (Rdnr. 9).

64) Kleinknecht, JZ 53, 532; Dünnebier, a.a.O., § 119 I, 2.

(2) Soweit sich die UVollzO jedoch an weisungsgebundene Beamte, vor allem an Anstaltsleiter und die ihnen Untergebenen, richtet, ist sie für diese wegen deren Weisungsgebundenheit verbindlich, sei es, daß sie sich als allgemeine Verwaltungsanordnung direkt an sie wendet oder wegen der richterlichen Anordnung auszuführen ist. ⁶⁵⁾

(3) Schließlich wendet sich die UVollzO auch an den Verhafteten selbst. Da sie das Anstaltsleben bestimmt und sich aus ihr für den Regelfall seine Rechte und Pflichten ergeben, besteht für ihn ein unabweisbares Bedürfnis, diese Vorschriften kennenzulernen. Ihm wird deshalb mit Eintritt in die Anstalt ein entsprechendes Merkblatt ausgehändigt, ohne daß dadurch sein Anspruch, die UVollzO ausgehändigt zu erhalten, ⁶⁶⁾ berührt würde. ⁶⁷⁾

Da sich insofern in der Regel die Einzelheiten der dem Untersuchungsgefangenen kraft richterlicher Anordnung auferlegten Beschränkungen nach der UVollzO bestimmen, werden die von ihr beeinflussten oder darauf gründenden Maßnahmen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen sein. Maßstab muß dabei § 119 Abs. 3 StPO sein. Jedoch wird sich zeigen, daß seine Auslegung im Einzelfall -und als solche ist die UVollzO gedacht- unter verfassungskonformer Betrachtungsweise in nicht wenigen Punkten einen Gegensatz zu den Bestimmungen der UVollzO aufweist, der es aus Gründen der Rechtssicherheit geboten erscheinen läßt, die notwendigen Beschränkungen im einzelnen gesetzlich zu fixieren. ⁶⁸⁾

65) Grunau, UVollzO, S. 10 (Rdnr. 9).

66) So OLG Bremen NJW 56, 922; OLG Saarbrücken JVB1 66, 142 f.

67) Grunau, a.a.O., S. 11 (Rdnr. 11).

68) So schon Kleinknecht, JZ 53, 531 und neuerdings wieder Dünnebier, a.a.O., § 119, I, 2 und Schorn, JR 67, 449.

III. Abschnitt

Die Rechtfertigungsversuche genereller Grundrechtseinschränkungen im Strafvollzug

A. Die Einschränkung der Grundrechte durch das "besondere Gewaltverhältnis" aus derzeitiger Sicht

Die im Gegensatz zur Untersuchungshaft fehlende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseinschränkungen innerhalb des Strafvollzuges hat ihre Rechtfertigung durch Lehre und Rechtsprechung schon immer vor erhebliche rechtliche Schwierigkeiten gestellt. Hierbei wird auch noch heute ganz überwiegend zur Ausfüllung dieser "Lücke des Rechtsstaats" ¹⁾ auf die Lehre vom "besonderen Gewaltverhältnis" zurückgegriffen, obwohl seit ihrem Entstehen mehr als ein Jahrhundert ²⁾ vergangen und sie trotz eines nicht zu verkennenden Wandels als "Relikt des Obrigkeitsstaates" ³⁾ immer stärkeren Angriffen ausgesetzt ist. ⁴⁾

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 124.

2) Die Lehre vom bes. Gewaltverh. läßt sich in ihren Anfängen bis in das Jahr 1845 zurückverfolgen, Thieme, DÖV 56, 521.

3) Becker, VVdStRL 14 (1956), 96; Herb. Krüger, VVdStRL 15 (1957), 109; Köhl, ZBR 57, 121 f.; so auch schon Freudenthal, in: Bumke, S. 142.

4) In Erkenntnis dieser mißlichen Rechtslage ist jedenfalls inzwischen der "Sonderstatus" des Beamten und Soldaten gesetzlich ausgestaltet worden. Für den Beamten findet sich die Grundlage für Grundrechtseingriffe in den zahlreichen Beamtengesetzen auf Bundes- und Landesebene (Bundes- und Landesbeamtengesetz, Beamtenrechtsrahmengesetz, Bundesdisziplinarordnung, usw.); für den Soldaten ist das Problem der zulässigen Grundrechtseinschränkungen durch die Einfügung des Art. 17 a in das Grundgesetz gelöst worden (Gesetz vom 19.3.56, BGBl I, S. 111).

Diese Rechtfertigung gilt es deshalb für den
S t r a f v o l l z u g ⁵⁾ zu prüfen.

I. Der Strafvollzug als "besonderes Gewaltverhältnis"

1. Allgemeines und besonderes Gewaltverhältnis

Das Institut des "besonderen Gewaltverhältnisses" ist eine reine Entwicklung der Rechtslehre und kann heute als ein (noch) gefestigter Bestandteil unseres Verfassungs- und Verwaltungsrechtes angesehen werden, auch wenn es in die Gesetzgebung keinen Einlaß gefunden hat.

So unterscheiden Rechtstheorie und -praxis zwei Arten von Gewaltverhältnissen: das a l l g e m e i n e (a.) und das b e s o n d e r e (b.) Gewaltverhältnis.

a.) Im Anschluß an Laband ⁶⁾ wird der verfassungsrechtliche Status des einzelnen im Verhältnis zum Staat als "a l l g e m e i n e s Gewaltverhältnis"

5) Die folgende Untersuchung kann sich auf den Strafvollzug beschränken, da diese Problematik -obwohl auch der U-Gefangene in einem "besonderen Gewaltverhältnis" stehend angesehen wird- nur hier wegen der fehlenden gesetzlichen Grundlage besonders aktuell wird. Wegen der in § 119 Abs. 3 StPO erfolgten und die zulässigen Beschränkungen abschließend regelnden Sonderregelung für den U-Gefangenen ist es unzulässig, darüber hinaus für Einschränkungen auf die Lehre vom bes. Gewaltverhältnis zurückzugreifen, wie es Meyer, MDR 64, 725 tut, oder etwa eine analoge Anwendung für den Strafgefangenen zu erwägen; wie hier ablehnend: Kreuzer, GA 1968, 239 f.; ULG Hamburg NJW 62, 1633; BVerfG NJW 63, 755; Spannagel, Diss., S. 85 f. und Bach, NJW 63, 1764 rSp.

6) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., S. 433 ff. - Otto Mayer hat dann den Begriff übernommen und im Verwaltungsrecht zur allgemeinen Geltung gebracht.

nis" bezeichnet. ⁷⁾ Denn als Bewohner eines bestimmten Gebietes ist er der dort vom Staat ausgeübten "Gewalt" unterworfen, die in der staatlichen Rechtsordnung, d.h. in den auf verfassungsmäßigem Wege zustande gekommenen, Rechte und Pflichten begründenden Gesetzen zum Ausdruck kommt. Im Rechtsstaat, in dem sich die staatliche Gewalt in verfassungsmäßig niedergelegten Grundsätzen zugunsten der Individualsphäre Schranken auferlegt hat, stellt dieses so begründete Über- und Unterordnungsverhältnis deshalb ein geordnetes Rechtsverhältnis dar, das seine stärkste Absicherung mit dadurch erhält, daß die Befehle der Staatsgewalt nur dann Verbindlichkeit erlangen, wenn sie in Gesetzesform erteilt werden oder ihre Grundlage im (formellen) Gesetz finden (sog. **V o r b e h a l t d e s G e s e t z e s**). ⁸⁾

b.) Die Vielgestaltigkeit der Rechtsbeziehungen im modernen Staat hat jedoch auch zur Folge, daß einzelne Bürger -freiwillig oder unfreiwillig- über das allgemeine Verhältnis hinaus in eine nähere Beziehung zum Staat treten, die auch eine gesteigerte tatsächliche und rechtliche Abhängigkeit mit erhöhten Pflichten, aber auch zum Teil besonderen Rechten, ⁹⁾ beinhaltet. Zur Unterscheidung dieses z.B. für Beamten, Soldaten und Schüler bestehenden stärkeren Unterordnungsverhältnisses vom allgemeinen wurde deshalb der Begriff des "**b e s o n d e r e n Gewaltverhältnisses**", auch besonderes Pflichtenverhältnis ¹⁰⁾ oder

7) Vgl. jedoch die Kritik Hesses, Grundzüge, S. 111 f. an dieser zu stark auf das Unterworfensein abgestellten Terminologie.

8) Vgl. dazu oben schon S. 9 und 55f.; diese Terminologie geht auf O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 70 zurück.

9) Hesse, Grundzüge, S. 128.

10) Ule, RVerwBl 1934, 649 Anm. 3 und VVdStRL 15 (1957), 144.

Sonderstatusverhältnis ¹¹⁾ genannt, geprägt. ¹²⁾

2. Das Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses

Im Gegensatz zum allgemeinen Gewaltverhältnis hält man bis heute noch die "besondere Gewalt" bei den von ihr ausgehenden Anordnungen vom "Vorbehalt des Gesetzes" für befreit. ¹³⁾

Seine Begründung findet diese Folge in der durch Laband und seine Nachfolger ¹⁴⁾ erstellten staatsrechtlichen Basis, nach deren Rechtssatzbegriff das besondere Gewaltverhältnis als zum Innenraum des Staates rechnend dem Bereich des Rechtes entzogen

11) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 163; auch Hesse, a.a.O., S. 128 f.

12) Vgl. zu diesem Begriff Laband, Staatsrecht, 1. Aufl., S. 386 ff.; O. Mayer, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bd. I, S. 101 ff.; Thoma, Polizeibefehl I, S. 17 ff.; HdbDStR, Bd. 2, S. 223 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122; Fleiner, Institutionen, S. 165 ff.; Jacobi, HdbDStR, Bd. 2, S. 255 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 121; Herb. Krüger, VVdStRL 15 (1957), 109; Thieme, DÖV 56, 521 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 163. - Trotz stärkster Bedenken, insbesondere wegen des Begriffes "Gewalt", soll hier an der üblichen Terminologie festgehalten werden, um technischen Verständigungsschwierigkeiten aus dem Wege zu gehen; vgl. zu dieser Auseinandersetzung Hildg. Krüger, ZBR 56, 309 f; Spanner, DÖV 63, 29 f., 497 f.; Kellner, DÖV 63, 418 ff.; Brohm, DÖV 64, 238. - Zu Recht ablehnend für das Beamtenverhältnis Köhl, ZBR 57, 121 ff. (123) und Götzl, Diss., S. 25 ff.

13) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 144; Jacobi, ZStW 50, 376 (388, 392); v. Mangoldt-Klein, S. 129, 137; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 121; Ule, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 655, 663; OLG Hamburg, NJW 63, 1790, JZ 64, 504, MDR 65, 405 f.; wohl auch KG NJW 66, 1090.

14) Vgl. die in Fußn. 12 Genannten.

war.¹⁵⁾ Der auf Grund eines Gesetzes oder durch freiwillige Unterwerfung in eine nähere Beziehung zur Staatsgewalt tretende Bürger wird als Teilglied des Verwaltungsmechanismus, als zum Internum des Staatsapparates gehörig betrachtet¹⁶⁾ und damit kraft der inneren Organisationsgewalt des Staates auch ohne weitere gesetzliche Grundlage einem erhöhten, sich nach dem jeweiligen Verwaltungszweck richtenden Gehorsam unterworfen, der unter Umständen durch Zwang und Disziplinarstrafen abverlangt werden kann.¹⁷⁾

Da aber nach der traditionellen Vorbehaltsdoktrin nur materielle, d.h. zum "Rechtsbereich" zählende Gesetze als formelle ergehen mußten,¹⁸⁾ der Bereich des besonderen Gewaltverhältnisses aber außerhalb des Rechtes stand, wurde keine Regelung durch Rechtsverordnungen für erforderlich gehalten.¹⁹⁾ Vielmehr genügten nach dieser Auffassung als Grundlage für alle Maßnahmen, die im Rahmen des sich aus der Natur des betreffenden Gewaltverhältnisses ergebenden jeweiligen Verwaltungszweckes ergingen, Verwaltungsanordnungen, die ebenso wie die nach Ermessen der Verwaltung erlassenen Einzelakte keiner gesetzlichen Grundlage bedurften²⁰⁾ -eine Meinung, die sich, wie im einzelnen noch zu zeigen sein wird, im wesentlichen noch bis heute gehalten hat.

15) Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., Bd. 1, S. 649; vgl. auch Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 116; 121 f., 125; Herb. Krüger, Smendfestschrift, S. 211 ff. (213); VVdStRL 15 (1957), 114 ff., 124 ff.; Bachof, Laforettschrift, S. 286 ff. (296). - Zum ganzen, Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 15 ff., 206 f.; Brohm, DÖV 64, 239 ff., 243 ff.

16) Fleiner, Institutionen, S. 166.

17) Vgl. Köhl, Diss., S. 55 f. und OLG Celle NJW 69, 673.

18) Jesch, a.a.O., 15 ff., 206.

19) Jacobi, HdbDStR, Bd. 2, 256. - Daraus erklärt sich letztlich auch der Erlaß der DVollzO als bloße Verwaltungsordnung.

20) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 102 f., Bd. II, S. 284 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122 f.; Fleiner, Institutionen, S. 167.

3. „Der Strafvollzug als besonderes Gewaltverhältnis

Die Definition des besonderen Gewaltverhältnisses von O. Mayer, der es als "die verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten", bezeichnete, ²¹⁾ galt ebenso lange unbestritten wie die Auffassung, die die zunächst insbesondere auf die Heeresdienstpflicht und das Beamtenverhältnis angewandte Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ²²⁾ später auch auf die öffentlichen Anstalten ²³⁾ ausweitete. ²⁴⁾ Erst in jüngster Zeit haben sich kritische Stimmen erhoben, deren Bestreben es ist, neben einer durch ein geändertes Rechtsverständnis bewirkten terminologischen Abschwächung des Begriffes "Gewalt" ²⁵⁾ innerhalb der verschiedenen Gewaltverhältnisse zu differenzieren ²⁶⁾ und nur diejenigen Pflichtenverhältnisse als besondere Gewaltverhältnisse anzusehen, "die wegen ihrer staatlichen Funktion nach heutiger Auffassung öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden müssen". ²⁷⁾

21) A.a.O., S. 101 f.

22) O. Mayer, AöR Bd. 3 (1888), 52 ff.; vgl. dazu Thieme, DÖV 56, 521 f.

23) Noch heute gilt die Definition O. Mayers, a.a.O. Bd. II, S.268, der diese als einen "Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind" bezeichnete; ähnlich auch Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.459 ff. - Vgl. zum Anstaltsbegriff und zur Anstaltsgewalt, Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 4 ff., 21 ff., 32 ff.

24) So seit O. Mayer, a.a.O., 1. Aufl. (1896), 2. Teil, S.335; 3. Aufl., Bd. II, S. 284 ff. die gesamte Literatur.

25) Vgl. dazu oben S. 103 Fußn. 12.

26) Weber, VVdStRL 15 (1957), 186 ff. (Diskussionsäußerung); v. Münch, Diss., S. 16 m. Fußn. 16; Thieme, JZ 64, 83 f.; Hesse, Grundzüge, S. 128 f.

27) v. Münch, Diss., S. 14 ff. (16) m. Nachw.

Unbestritten gilt jedoch weiterhin, daß die sog. Zwangs anstalten besondere Gewaltverhältnisse sind. Insofern gilt gerade der Strafvollzug, zunächst nur als Ergänzungsbeispiel genannt,²⁸⁾ heute noch als das "klassische" besondere Gewaltverhältnis,²⁹⁾ in dem sich in verstärktem Maße die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis auswirkte und zu halten mußte.

II. Die Geltung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis "Strafvollzug"

Wegen der im Widerstreit stehenden Interessen stand schon immer im Mittelpunkt der Diskussion das Problem, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis gelten. Denn die unbestreitbare Erkenntnis, daß sich in nicht seltenen Fällen der ungeschmälerte Verbleib von Grundrechten im besonderen Gewaltverhältnis mit der Aufgabe, die es im Leben des Gemeinwesens zu erfüllen hat, nicht vereinbaren läßt, sich die beteiligten Interessen vielmehr oft diametral entgegengesetzt gegenüberstehen,³⁰⁾ hatte zur Folge, daß im Schatten traditionellen Gedankengutes erst gar nicht zu einer differenzierten Betrachtungswei-

28) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 57.

29) Vgl. Thieme, DÖV 56, 522; v. Münch, JZ 58, 73; Brohm, DÖV 64, 238; OLG Hamburg JZ 64, 504. - Keiner Klärung bedarf hier die Streitfrage, ob der Strafvollzug unter den Anstaltsbegriff fällt oder nicht (vgl. einerseits schon O. Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886, S. 322; Grünhut, in: Frede-Grünhut, S. 18 m. Nachw. in Fußn. 4 und andererseits Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 136 f.; Spannagel, S. 61 f.; Röhl, JZ 54, 68), denn jedenfalls besteht Einigkeit darüber, daß sich der Gefangene rechtlich in einem besonderen Gewaltverhältnis befindet, vgl. Tiedemann, Rechtsstellung, S. 92 f.

30) So wird z.B. niemand bestreiten, daß für den Gefangenen die Grundrechte der Versammlungsfreiheit und Freizügigkeit keine Geltung haben können, vgl. v. Münch, JZ 58, 75; Hesse, Grundzüge, S. 129 f.

se vorgestoßen wurde. Ein generelles Erstrecken der Beschränkung eines Grundrechts auch auf andere, nicht von diesem Interessenwiderstreit betroffene Grundrechte wurde oft unkritisch hingenommen.

Wenn nach der traditionellen Lehre im besonderen Gewaltverhältnis überhaupt keine Grundrechte galten und noch vor nicht geraumer Zeit dem Gefangenen ein Recht auf Abschießung abgesprochen wurde,³¹⁾ andererseits die Einräumung dieses Rechtes sogar im Falle eines zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten für zulässig gehalten oder zumindest ernsthaft in Erwägung gezogen wird;³²⁾ oder wenn im Rahmen der Postkontrolle die Weiterleitung eines an eine andere Glaubensgemeinschaft in religiösen Fragen gerichteten Briefes³³⁾ oder die Aufgabe einer Heiratsannonce³⁴⁾ verweigert, demgegenüber aber die Belegung einer Einmannzelle mit 3 Gefangenen als gegen die Menschenwürde verstoßend³⁵⁾ und für die U-Haft sogar der Empfang von Lebensmittelpaketen als grundsätzlich zulässig erklärt wurde³⁶⁾ - dann wird schon an diesen exemplarischen Fällen eine die Grundrechtsproblematik beherrschende Unsicherheit deutlich, deren Hintergründe es zu schildern gilt, um die gegenwärtige Rechtslage voll erfassen und damit beurteilen zu können.

1. Die Geltung der Grundrechte nach der konstitutionellen Staatsrechtslehre

Daß die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis nicht galten, mußte für die konstitutionelle Staats-

31) OLG Frankfurt NJW 65, 412; vgl. auch Nr. 166 DVollzO.

32) v. Münch, JZ 58, 75; OLG Hamm JVB1 61, 188 f.; OLG Celle NJW 61, 692; vgl. auch Altenhain, NJW 65, 412 und Frischknecht, JVB1 67, 81.

33) Vgl. den der Entscheidung des OLG Saarbrücken, NJW 66, 1088, zugrunde liegenden Fall.

34) OLG Bremen JVB1 64, 122.

35) OLG Hamm NJW 67, 2024.

36) OLG Frankfurt NJW 67, 166.

rechtslehre ³⁷⁾ schon aus deren engem Rechtssatzbegriff folgen, der vorwiegend im Zusammenhang mit der aus politischer Forderung des liberalen Bürgertums erwachsenen, zur Kompetenzabgrenzung gegenüber der Krone dienenden Lehre vom "Vorbehalt des Gesetzes" ³⁸⁾ gesehen wurde. Dazu zählten nämlich nur die allein der parlamentarischen Legislative vorbehaltenen, in Freiheit und Eigentum eingreifenden (= materiellen) Gesetze, deren Zweck "soziale Schrankenbeziehung" war, "die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen". ³⁹⁾ Ein Eingriff konnte deshalb nur dort gegeben sein, wo die Willenssphäre des Staates mit einer anderen vom Recht anerkannten in Konflikt kam, wo ein wechselseitiger Eingriff, eine Kollision möglich war. ⁴⁰⁾

Da aber der in ein besonderes Gewaltverhältnis kraft Gesetzes oder freiwillig eintretende Bürger seine ihm im allgemeinen Gewaltverhältnis zuerkannte selbständige rechtliche Existenz verlor, ein "arbeitendes oder bearbeitendes Glied der Verwaltung", "mediatisiert" wurde, ⁴¹⁾ konnte in dieser Innensphäre des Staates kein Konflikt zwischen zwei rechtlich erheblichen Willenssphären entstehen. Folgerichtig konnten in diesem rechtsfreien Raum auch keine Grundrechte

37) Insbesondere Laband, O. Mayer, G. Jellinek.

38) Nach O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 70, umschreiben die Rechtssätze insgesamt, welche für gewisse Staatswillensakte Gesetzesform fordern, den "Vorbehalt des Gesetzes". - Vgl. dazu Köhl, ZBR 57, 121 f., Diss., S. 15 ff.; Brohm, DÖV 64, 239 ff., 245 ff.; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 210 ff.

39) G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 240; vgl. zu diesem materiellen Gesetzesbegriff auch Laband, Staatsrecht, 5. Aufl., Bd. 2, S. 181, 73; Anschütz WBStVR, Bd. 2, S. 212 ff.; Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S. 639 ff.; auch schon oben S. 103 f.

40) Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., Bd. 1, S. 649.

41) Fleiner, Institutionen, S. 166.

Geltung haben, zumal diese nur als spezielle Ausgestaltungen des -im besonderen Gewaltverhältnis nicht geltenden- Vorbehalts des Gesetzes angesprochen wurden. ⁴²⁾

2. Die Geltung der Grundrechte unter der Weimarer Reichsverfassung

Trotz des Endes der Monarchie im Jahre 1918 und der Einführung einer demokratisch-republikanischen Staatsform blieben das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes und der damit verbundene Grundsatz der "G e s e t z e s - m ä ß i g k e i t d e r V e r w a l t u n g" ⁴³⁾ im wesentlichen auf das a l l g e m e i n e Gewaltverhältnis beschränkt. ⁴⁴⁾ Zwar wurde inzwischen auch das Strafvollzugsverhältnis als "R e c h t s v e r - h ä l t n i s" des öffentlichen Rechts ⁴⁵⁾ und deshalb nicht mehr allein zur Innensphäre des Staates rechnend angesehen; es behielt jedoch weiterhin den Charakter eines r e c h t s s a t z f r e i e n Raumes. ⁴⁶⁾ Rechtsstaatlichen Anforderungen sah man dadurch genüge

42) Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preuß. Staat, Bd. 1, Berlin 1912, S. 96; Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S. 955; G. Jellinek, System, S. 103; O. Bühler, Die subj. öffentl. Rechte, S. 87.

43) Zur Weimarer Zeit bedeutete das Prinzip der "Gesetz-mäßigkeit der Verwaltung", daß die Verwaltung den Rechtstitel einer "umschriebenen Ermächtigung", zu der Rechtssätze, Gewohnheitsrecht und vorkonstitutionelle Ermächtigungen zählten, vorweisen mußte, wenn sie mit obrigkeitlichen Akten in das a l l - g e m e i n e Gewaltverhältnis der Individuen und Verbände hineinwirken wollte, Thoma, HdbDStR, Bd. 2, S. 227 ff. (230).

44) Thoma, a.a.O., S. 224, 228.

45) Vgl. Freudenthal, Rektoratsrede, S. 15 f.; ZStW 32, 222 ff.; 35, 917 ff.; 39, 493 ff., in: Bumke, S. 141 ff.; Kriegsmann, S. 141 f.; Ehrenforth, S. 11 f.; Espig, S. 9 ff.; Jacobi, ZStW 50, 376 ff.; Frosch, S. 5 ff.; Starke, in: Bumke, S. 165; Grünhut, in: Frede-Grünhut, S. 17 ff.

46) Thoma, a.a.O., S. 223.

getan, daß für den u n f r e i w i l l i g e n Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis ein Gesetz als Grundlage verlangt wurde. War aber ein solches vorhanden, so waren dadurch alle zur Erreichung des Anstaltzweckes erforderlichen sonstigen Beschränkungen gerechtfertigt. ⁴⁷⁾

Hinzu kam, daß nach den in der Weimarer Zeit vertretenen Lehren entweder nur sog. g e s t e i g e r t e Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis Geltung hatten, ⁴⁸⁾ "im Konfliktfall der Sonderstatus den Ausschlag geben" sollte ⁴⁹⁾ oder die überwiegend nur als "bloße Programmsätze" angesehenen oder dem Vorbehalt eines einfachen Gesetzes unterstellten und erst durch den Gesetzgeber auszufüllenden Grundrechte unter dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung "leerliefen". ⁵⁰⁾ Letzteres wird dadurch besonders deutlich, daß z.B. zu den "allgemeinen Gesetzen" ⁵¹⁾ auch "die zur Regelung der besonderen Unterwerfungsverhältnisse gewisser Personenkreise ... erlassenen Gesetze und Verordnungen, insbesondere also die Disziplingesetze und -verordnungen, ... Schulordnungen usw.", also alle einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, gezählt wurden. ⁵²⁾

47) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122, der mit der Strafandrohung des StGB die Anstaltsgewalt des Zuchthauses rechtfertigt, vgl. dort auch S. 370 f., 484, 488, 493; C. Schmitt, HdbDStR, Bd. 2, S. 576; Häntzschel, ebenda, S. 658; vgl. auch Bachof, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, S. 301; Köhl, Diss., S. 48 f.

48) Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, OVG Festschrift 1925, S. 183 ff. (204 ff., 207). Dazu zählte er z.B. nicht das Grundrecht der freien Meinungsäußerung, S. 208, 210, 216.

49) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 182.

50) C. Schmitt, HdbDStR, Bd. 2, S. 585 ff. (587); vgl. dazu Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 20.

51) Vgl. Art. 118 WV.

52) Anschütz, Kommentar zur WV, Bem. 4 zu Art. 118 und Bem. 4 g zu Art. 123 m.w.Nachw.; vgl. zur Grundrechtsauffassung ebenda, Vorbem. 5 b, c, 6 und 7 zum II. Hauptteil; Thoma, in: Nipperdey, Bd. 1, S. 15 f., 33 ff.

3. Die Geltung der Grundrechte nach der heute herrschenden Meinung

Obwohl mit Inkrafttreten des Grundgesetzes die individuellen Freiheitsrechte in vielfältiger Weise eine Aufwertung erfahren haben ⁵³⁾ und infolge völliger Durchbildung der Gewaltenteilung und des veränderten Verhältnisses von Parlament und Exekutive die Vorstellung von einem nur auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum beschränkten Vorbehalt des Parlamentsgesetzes ebenso nicht mehr aufrechtzuerhalten war wie die von der Zugehörigkeit der besonderen Gewaltverhältnisse als einer dem Recht entzogenen Innensphäre des Staates, hat sich dennoch die Problematik der Grundrechtgeltung im besonderen Gewaltverhältnis nur um schrittweise vollzogene Nuancen verschoben. Das ist um so erstaunlicher, als der Grundsatz, "daß jede staatliche Kompetenz sich irgendwie auf ein Gesetz stützen müsse", ⁵⁴⁾ nicht zuletzt durch Art. 20 Abs. 3 GG zu einem tragenden Bestandteil unserer demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsordnung geworden ist.

So wurde sogar, obwohl die Rechtfertigung der Nichtgeltung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis durch die konstitutionelle Lehre schon zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung als eine politische Zweckkonstruktion entlarvt worden war, ⁵⁵⁾ anfangs noch -zumindest dem Ergebnis nach- dieselbe Auffassung vertreten. ⁵⁶⁾ Diese Meinung blieb jedoch ebenso verein-

53) Vgl. z.B. oben S. 8 f., 12 f., 16 f.

54) Koettgen, Deutsche Verwaltung, Mannheim 1936, S. 29.

55) Vgl. Köhl, Diss., S. 77 f.; Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 40 f., 44 f.

56) Friesenhahn, DV 49, 481; v. Mangoldt, 1. Aufl., S. 36, 123.

zelt wie die, die das besondere Gewaltverhältnis als Einschränkungsgrund grundsätzlich für untauglich erklärte. 57)

Die heute herrschende Meinung hält indessen im wesentlichen an der Auffassung vom besonderen Gewaltverhältnis als einem selbständigen Einschränkungsgrund für Grundrechte fest. Zwar wird der veränderten Verfassungslage gemäß von einer Vorrangstellung der Grundrechte gegenüber der besonderen Gewalt ausgegangen, 58) jedoch allgemein eine mehr oder weniger differenzierte Einschränkung der Grundrechte im S t r a f v o l l z u g insoweit für zulässig erachtet, als es die "N a t u r" des besonderen Gewaltverhältnisses "Strafvollzug", d.h. S i n n und Z w e c k der F r e i h e i t s s t r a f e und W e s e n des S t r a f v o l l z u g e s, d e n k n o t w e n d i g ergibt. 59) Der Grundsatz, daß in die Freiheitssphäre des einzelnen nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, soll jedoch weiterhin nur auf das allgemeine Gewaltverhältnis Anwendung finden. 60) Seine Geltung für das besondere Gewaltverhältnis "Strafvollzug" wird deshalb für entbehrlich gehalten, weil die Freiheitsstrafe selbst auf Gesetz beruhe und (oder) der Strafvollzug in der Verfassung anerkannt sei. 61)

57) OVG Hamburg DVBl 53, 506 (510); wohl auch Hamann, GG, S. 63 f.

58) Vgl. z.B. v. Mangoldt-Klein, S. 139; Maunz, Staatsrecht, S. 135.

59) Vgl. z.B. BayVerfGH NJW 68, 1228 m.Nachw. und im einzelnen die in diesem Abschnitt unter III. aufgeführten Nachweise.

60) OLG Hamburg NJW 63, 1790, JZ 64, 504, jeweils unter Berufung auf Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., S. 116 (auch noch 9. Aufl., S. 121) und v. Mangoldt-Klein, S. 129, 137; wohl auch KG NJW 66, 1089; Ule, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 655, 663.

61) BayVerfGH NJW 63, 1774, 68, 1228; OLG Bremen NJW 63, 1465; KG NJW 66, 1089; v. Münch, JZ 58, 73; Hildg. Krüger, ZBR 56, 311; neuerdings wieder OLG Celle NJW 69, 673.

Gegenüber dieser vor allem in der Rechtsprechung gefestigten und von der überkommenen Lehre nicht wesentlich abweichenden Auffassung bestehen jedoch angesichts der veränderten Verfassungslage erhebliche Bedenken. Denn mit dieser selbst begrenzten und die Grundrechte begrenzenden Anstaltsgewalt ist im Grundrechtssystem eine *Schranke*⁶²⁾ bestehen geblieben, die in ihrer Ausgestaltung durch keine ausdrückliche Verfassungsnorm gerechtfertigt wird und die als obrigkeitsstaatliches Relikt deshalb als Fremdkörper anzusehen ist, weil gemäß den in unserem demokratischen Rechtsstaat geltenden Grundsätzen jeder Eingriff in die grundrechtliche Sphäre des einzelnen einer in der Verfassung verankerten *gesetzlichen* Grundlage bedarf. Diese Bedenken können auch nicht allein dadurch ausgeräumt werden, daß das besondere Gewaltverhältnis inzwischen als Rechtsverhältnis anerkannt sei⁶³⁾ oder daß betont wird, der durch die besondere Gewalt verfolgte "Zweck" sei nur in der Lage, nach Maßgabe der Verfassung Rechtswirkungen zu erzeugen.⁶⁴⁾

Wenn dennoch angesichts dieser und anderer unverkennbarer Auflösungserscheinungen an der ursprünglichen Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses⁶⁵⁾ und trotz

62) Als "Schranke" ausdrücklich bezeichnet z.B. von v. Mangoldt-Klein, S. 136 (Gewährleistungsschranke); Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 324 (Vorbehaltschranke); Tiedemann, Rechtsstellung, S. 93; v. Münch, Diss., S. 39 (immanente Schranke); BayVerfGH NJW 63, 1774 (Gewährleistungsschranke).

63) Krüger, VVdStRL 15 (1957), 109; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 164; Ule, VVdStRL 15 (1957), 145; BVerwG DVBl 55, 259.

64) Vgl. Bachof, VVdStRL 15 (1957), 206; Leisner, DVBl 60, 623 f.; Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 81 ff.; Altenhain, JZ 66, 21.

65) Bisherige Verwaltungsanordnungen werden von einigen zu Rechtssätzen erklärt (vgl. oben S.92 m.Fußn. 29); Einzelanweisungen im Innenverhältnis werden z.T. als Rechtsakte angesehen und damit gerichtlicher Überprüfung unterworfen (vgl. Ule, VVdStRL 15 (1957), 136 ff.; Röhl, JZ 54, 65; Thieme, DÖV 56, 528 ff.; Kussmann, Diss., 7 ff.; Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 30, 25); andere bes. Gewaltverhältnisse sind völlig durchnormiert (z.B. Beamte, Wehrpflichtige).

zunehmender Kritik ⁶⁶⁾ an der Institution des besonderen Gewaltverhältnisses als *R e c h t s g r u n d l a g e* des Vollzuges, d.h. als Quelle für Rechte und Pflichten der Beteiligten, festgehalten wird, bedarf es gerade im Hinblick auf ein zu schaffendes Vollzugsgesetz einer eingehenden Prüfung dieser Rechtfertigung.

III. Die Rechtfertigungsversuche im einzelnen

Bei den Rechtfertigungsversuchen kann dahingehend unterschieden werden, ob sie zu der rechtlichen *Z u l ä s s i g k e i t* (Grundlage) oder dem *M a ß* der als grundsätzlich zulässig erkannten Grundrechtsbeschränkungen innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses Stellung nehmen. Dazu ist festzustellen, daß meist gleichlautende, zum Teil nur rezipierte, leicht modifizierte oder kumulativ verwandte Begründungen gegeben werden.

1. Die Zulässigkeit grundrechtseinschränkender Anordnungen

a.) Die wohl eingehendste Begründung ist bei *K l e i n* ⁶⁷⁾ zu finden, der in seine umfassende Schrankensystematik auch die besonderen Gewaltverhältnisse einzuordnen weiß. Er bezeichnet sie als einen Sonderfall der "*p e r s ö n l i c h e n (i m m a n e n t e n) G e w ä h r l e i s t u n g s s c h r a n k e n*", ⁶⁸⁾ die nach seiner Lehre ein Grundrecht nur in dem durch sie bezeichneten Umfang entstehen lassen. ⁶⁹⁾ Das "Stehen in einem Besonderen Gewaltverhältnis" ist deshalb nach ihm "ein *b e s o n -*

66) Vgl. Köhl, ZBR 57, 121 ff.; Hildg. Krüger, ZBR 56, 309; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 206 ff.; Leisner, DVBl 60, 623 ff.; Herb. Krüger, VVdStRL 15 (1957) 109 ff. (128 f.); Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 123 f.

67) v. Mangoldt-Klein (1957 u. 1966), S. 129, 133-139. - Vgl. auch schon oben S. 27 Fußn. 87; S. 29 f.; S. 46 m. Fußn. 185.

68) A.a.O., S. 136.

69) A.a.O., S. 123, 129, 137.

derer Grund für die Einschränkung von Grundrechten", ⁷⁰⁾ so daß jeder, der einem besonderen Gewaltverhältnis unterliege, entweder für die Dauer seiner Zugehörigkeit -gegebenenfalls auch noch nach deren Beendigung- gewisse Grundrechte überhaupt nicht habe oder in deren Ausübung dauernd oder vorübergehend eingeschränkt sei. ⁷¹⁾ Die Ausfüllung der durch ein besonderes Gewaltverhältnis begründeten Grundrechtseinschränkungen könne dabei durch jede sonstige staatliche Maßnahme erfolgen. ⁷²⁾ Lediglich für die unfreiwillig begründeten besonderen Gewaltverhältnisse verlangt Klein, daß der Unterwerfungstatbestand selbst durch Gesetz vorgesehen ist, das allerdings nicht den sachlichen und formellen Anforderungen genügenmüsse, die das Grundgesetz im allgemeinen in Art. 19 Abs. 1 und 2 GG aufgestellt habe. ⁷³⁾

Für den Strafvollzug sieht Klein insofern in Art. 12 Abs. 3, 102-104 GG und in der Strafprozeßordnung eine ausreichende Grundlage. ⁷⁴⁾

b.) Ähnlich wie Klein gründet auch die weit überwiegende Meinung die Zulässigkeit von grundrechtseinschränkenden Anordnungen auf die Zulässigkeit des Strafvollzuges als solchen.

a.) So sieht I. v. Münch ⁷⁵⁾ die positivrecht-

70) S. 136, Hervorhebung auch im Zitat.

71) S. 129.

72) S. 137.

73) S. 138.

74) S. 136, letzte Zeile. Nach ihm genügt, wenn besondere Gewaltverhältnisse unmittelbar oder mittelbar im Grundgesetz und in der von ihm vorgeschriebenen bzw. vorausgesetzten Ordnung gründen, um sie als Gewährleistungsschranken anerkennen zu können, a.a.O., S. 123, 137. - Ähnlich weitgehend auch Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, S. 28 f.

75) Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, Diss., Frankfurt 1957, und JZ 58, 73; vgl. auch JZ 64, 506.

liche Begründung der Grundrechtseinschränkungen durch besondere Gewaltverhältnisse in den Verfassungsbestimmungen, durch die diese -das Strafvollzugs-verhältnis durch Art. 12 Abs. 3 i.V.m. 104 GG-"institutionalisiert" werden. 76)

Dieser These liegt die Überlegung zugrunde, daß bestimmte besondere Gewaltverhältnisse für die Existenz des Staates notwendig seien. 77) Da aber die Grundrechte nur von einem intakten Staatswesen gewährleistet werden könnten, müßten diese bei einer durch eine Kollision bedingten Gefährdung des Staatsapparates zugunsten der besonderen Gewaltverhältnisse zurücktreten, die das Grundgesetz durch die positivrechtliche Erwähnung als für den Bestand des Staates unerlässlich erachtet habe. 78) Dabei gehe das Grundgesetz nicht nur von einer papierernen Existenz der besonderen Gewaltverhältnisse aus, sondern setze auch ihr Funktionieren voraus, so daß, da der Verfassungstext nicht widerspruchsvoll sein könne, zugunsten des Funktionierens die Einschränkung der Grundrechte von der Verfassung gebilligt werde. 79)

bb.) Diese "Institutionalisierung" des Strafvollzuges wird von der herrschenden Meinung, insbesondere von der Rechtsprechung, im Ergebnis geteilt. 80) Dabei werden allerdings oft als zu -

76) Diss., S. 37, 39; JZ 58, 73.

77) Diss., S. 35 f. - Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 324, nennt sie "ordnungserhaltende Anstalten".

78) Diss., S.36 f.

79) Diss., S. 37 f. und JZ 58, 73; JZ 64, 506.

80) Zum Teil wird diese "Institutionalisierung" auch in Art. 74 Ziff. 1 GG gesehen, da hier das Gebiet des "Strafvollzuges" als zur konkurrierenden Gesetzgebung gehörig bezeichnet wird, vgl. OLG Nürnberg, GA 1961, 249; OLG Oldenburg, NJW 64, 2070; Hesse, Grundzüge, S. 128; aber auch in Art. 103 GG, KG NJW 66, 1089; zustimmend zur "Institutionalisierung" z.B. Wolff, Verwaltungsrecht I, S.163; II, S. 324; Hildg. Krüger, ZBR 56, 310 ff.; Hamel, Bedeutung, S.51: die Strafanstalten "sind notwendig für den Bestand des Staates und haben daher Vorrang vor der Ausübung der Grundrechte, die erst durch den Staat gesichert wird"; wohl auch Schnorr, JuS 63, 298; OLG Hamburg NJW 65, 647 und die in Fußn. 81 Genannten.

s ä t z l i c h e ⁸¹⁾ oder a l l e i n i g e ⁸²⁾
Grundlage für die einzelnen grundrechtsbeschränkenden
Maßnahmen im Strafvollzug die Vorschriften des StGB und
der StPO angesehen, auf denen die Verbüßung der Straf-
haft beruht (§§ 14 ff. StGB, §§ 449 ff. StPO). Insoweit
wird überwiegend ausdrücklich ⁸³⁾ oder im Ergebnis ⁸⁴⁾
davon ausgegangen, daß diese Grundlage genüge, da der
Grundsatz, daß jeder Eingriff in die individuelle Frei-
heitssphäre nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen dürfe,
im besonderen Gewaltverhältnis nicht gelte.

2. Das Maß der Grundrechtseinschränkungen

Über den Maßstab und den Umfang der durch das besonde-
re Gewaltverhältnis geforderten Grundrechtseinschränkun-
gen besteht allerdings nur im Grundsatz Einigkeit.

-
- 81) OLG Frankfurt NJW 64, 2073; BayVerfGH NJW 63, 1774;
NJW 68, 1228; Kieckebusch, ZfStrVo 63, 362; Frisch-
knecht, JVB1 67, 81; OLG Celle NJW 69, 673.
- 82) OLG Saarbrücken, JVB1 61, 167; Baumann, Festschrift
für Eb. Schmidt, S. 532 bei Anm. 23, 548; Klein-
knecht, JZ 61, 265; vgl. auch BVerfGE 1, 420; OLG
Hamburg NJW 63, 1790; JZ 64, 504; Röhl, NJW 60, 413.
- 83) OLG Hamburg, NJW 63, 1790; JZ 64, 504; MDR 65, 405
f., 758 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 121;
v. Mangoldt-Klein, S. 129, 137; Ule, in: Ev. Staats-
lexikon, Sp. 655, 663; wohl auch Depenbrock, Erwach-
senen-Strafvollzug, S. 59.
- 84) Dadurch, daß man als gesetzliche Grundlage für den
Vollzug die entsprechenden Bestimmungen der Verfas-
sung, des StGB und der StPO ansieht; vgl. insbeson-
dere BayVerfGH NJW 63, 1774; NJW 68, 1228; im Ergeb-
nis auch Thieme, DÖV 56, 524; JZ 64, 83; wohl auch
Tiedemann, Rechtsstellung, S. 91 ff. m.Nachw.; Wolff,
Verwaltungsrecht II, S. 321 (entweder genüge noch Ge-
wohnheitsrecht oder ein Gesetz, das das besondere Ge-
waltverhältnis selbst zulasse); im Ergebnis wohl auch
Leisner, DVBl 60, 617 ff., der das bes. Gewaltver-
hältnis als eine besondere Ausnutzung des Gesetzes-
vorbehaltes ansieht, da ein förmliches Gesetz nach
Art. 19 Abs. 1 GG zur Einschränkung der Grundrechte
nicht erforderlich sei (624), vgl. dazu aber oben S.
56 f.; v. Münch, Diss., S. 19 klammert diese Frage
bewußt aus, scheint im Ergebnis jedoch auch die Gel-
tung dieses Grundsatzes zu verneinen.

a.) Die heute fast einhellige Meinung findet den Maßstab für die zulässigen Grundrechtseinschränkungen im "Zweck" des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses, ⁸⁵⁾ in seiner "Natur", ⁸⁶⁾ seinem "Wesen", ⁸⁷⁾ "Sinn", ⁸⁸⁾ seiner "Eigenart", ⁸⁹⁾ aber auch in dem "Funktionieren des konkreten Sachbereichs hinsichtlich des Gewaltunterworfenen" ⁹⁰⁾ oder in seiner "wesensmäßigen Funktion". ⁹¹⁾ Danach werden Grundrechtseinschränkungen insoweit für zulässig erachtet, als es der zu verwirklichende "Zweck" usw. notwendig mit sich bringt. ⁹²⁾

b.) Für den Strafvollzug sollen sich deshalb die Einschränkungen aus "Sinn und Zweck der Freiheitsstrafe", ⁹³⁾ ihrem "Wesen", ⁹⁴⁾ den "anerkannten Strafzwecken", ⁹⁵⁾ aus dem "Wesen des Strafvollzu-

85) So schon O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 102; Thieme, DÖV 56, 524; JZ 64, 83; Depenbrock, a.a.O., S. 60; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 163; II, S. 321, 325; Köhl, Diss., S. 96 f.; Baumann, MschrKrim 64, 64 ff. mit Nachw. in Fußn. 49; OLG Bremen NJW 63, 1465; OLG Nürnberg GA 1961, 247 ff.; KG NJW 66, 1089; OLG Hamm NJW 67, 2026; OLG Celle NJW 69, 673.

86) BVerwG DÖV 65, 638; OLG Celle NJW 69, 673.

87) v. Mangoldt-Klein, S. 137; Maunz-Dürig, Art. 17a Rdnr. 22; Ule, VVdStRL 15 (1957), 145.

88) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 163; Hamel, Bedeutung, S. 51.

89) Hesse, Grundzüge, S. 130.

90) v. Münch, JZ 64, 506; Diss., S. 45 f.; ähnlich auch Wolff, a.a.O., S. 163 (funktionelle Stellung des Betroffenen; zweckgemäße Funktionsfähigkeit des Statusverhältnisses).

91) Perschel, Die Meinungsfreiheit des Schülers, S. 32 f.

92) OLG Bremen, NJW 59, 2177; 63, 1465; OLG Oldenburg NJW 64, 2070; OLG Hamm NJW 66, 609; OLG Celle NJW 61, 693; Würtenberger, JZ 67, 236; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 93 f.; Badura, BK, Art. 10 Rdnr. 66 f.

93) BayVerfGH NJW 63, 1774; 68, 1228; OLG Frankfurt NJW 64, 2073 f.

94) Vgl. Baumann, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 546.

95) OLG Hamburg JZ 64, 504; OLG Oldenburg NJW 64, 2070; OLG Hamm NJW 66, 609; NJW 67, 2024; vgl. auch KG NJW 69, 672.

ges", 96) und nicht zuletzt aus den Belangen der "Sicherheit und Ordnung" der Anstalt 97) ergeben.

Wenn man sich zwar im wesentlichen darüber einig ist, daß der "Zweck" den Maßstab für die notwendigen Grundrechtseinschränkungen abgibt, 98) so bestehen jedoch insbesondere über das Wesen der Freiheitsstrafe, die Strafzwecke und deren Rangfolge Unklarheiten.

So erscheint die Auffassung, das Wesen der Freiheitsstrafe bestehe in der Einsper rung (als Entziehung der Fortbewegungsfreiheit) und der Absper rung (der grundsätzlichen Unterbindung jeglichen Kontaktes von der und zur Außenwelt), 99) als nicht mehr gesichert; 100) und gegenüber zunehmenden Stimmen im Schrifttum, die den "Vollzugszweck" allein oder zumindest überwiegend in der "Resozialisierung" oder "Sozialisation" sehen wollen, 101) werden insbe-

96) BayVerfGH NJW 68, 1228; OLG Celle NJW 61, 692.

97) Vgl. Nr. 143 Abs. 5, 144, 155 Abs. 1, 167 Abs. 1, 172 Abs. 1 DVollzO; OLG Celle NJW 69, 673.

98) Zum Teil allerdings mit der Betonung, daß der Zweck von der Verfassung bestimmt werde, vgl. Bachof, VVdStRL 15 (1957), 206; Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 81 ff.

99) OLG Saarbrücken JVB1 61, 167; OLG Bremen NJW 63, 1465; KG NJW 66, 1089 ("völlige Isolation"); ebenso, allerdings in bezug auf Art. 5 GG mit starken Durchbrechungen, v. Münch, Diss., S. 76 ff., JZ 58, 73 f.; Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 159; wohl auch Baumann, MschrKrim 64, 74 f.; Kieckebusch, ZfStrVo 63, 362; vgl. auch Nr. 62 DVollzO.

100) Vgl. Tiedemann, NJW 63, 1841; Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 67; Spannagel, Diss., S. 96; Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 71.

101) Vgl. Württenberger, JZ 67, 237 ff.; Eb. Schmidt, Tagungsberichte I, S. 30 ff.; Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 67 ff.; vgl. auch v. Münch, JZ 58, 73; siehe schon oben S. 21 f., 81 f.

sondere in der Judikatur Sühne und Abschreckung als im Vordergrund stehend angesehen.¹⁰²⁾ Selbst nach der für die Rechtsstellung der Strafgefangenen bahnbrechenden Entscheidung des OLG Hamm,¹⁰³⁾ in der die Belegung einer Einmannzelle mit drei Gefangenen als gegen die Menschenwürde verstoßend erklärt wurde, besteht der "Zweck des Strafvollzuges" in einem "eklektischen Nebeneinander"¹⁰⁴⁾ aller denkbaren "Strafzwecke", nämlich darin, "den Rechtsbrecher mit dem F r e i h e i t s e n t z u g ¹⁰⁵⁾ als einem nachhaltigen und empfindlichen Strafübel zu treffen und dadurch das Abschreckungs-, Vergeltungs-, Sühne- und Besserungsziel der Bestrafung herbeizuführen".

c.) Nicht völlige Klarheit besteht darüber, in welchem U m f a n g der Grundrechtskatalog Einschränkungen erfährt, d.h. welche Grundrechte im Strafvollzug als einschränkungsfähig bzw. unantastbar gelten.

Während sich für die übrigen Gewaltverhältnisse die Meinung durchzusetzen scheint, daß nur die unter einem Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte einschränkungsfähig sind,¹⁰⁶⁾ wird im Strafvollzug überwiegend von

102) Vgl. OLG Hamburg NJW 63, 1790; JZ 64, 504; KG NJW 66, 1089; bezeichnend insofern auch, daß meist der Resozialisierungs- oder Erziehungsgedanke an letzter Stelle genannt wird, vgl. Nr. 57 DVollzO und auch OLG Hamm NJW 67, 2026.

103) NJW 67, 2024 (2026).

104) Eb. Schmidt, NJW 67, 2024 (Anmerkung) und Tagungsberichte I, S. 28.

105) Hervorhebung auch im Zitat, a.a.O., S. 2026.

106) Vgl. Leisner, DVBl. 60, 624; Perschel, Die Meinungsfreiheit des Schülers, S. 26 f.; im Ergebnis auch Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 122; Maunz-Dürig, Art. 17 a, Rdnr. 28.

einer umfassenderen Einschränkung der Grundrechte ausgegangen, von denen nur die in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 4, 19 Abs. 4 GG normierten ausgenommen seien.¹⁰⁷⁾ So gelten die Grundrechte der Versammlungsfreiheit (Art. 8), der Vereinsfreiheit (Art. 9) und der Freizügigkeit (Art. 11) als völlig,¹⁰⁸⁾ dagegen das Recht auf Eingehung der Ehe (Art. 6 Abs. 1)¹⁰⁹⁾ und gewisse Betätigungsformen der Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1)¹¹⁰⁾ als nur bedingt eingeschränkt.

-
- 107) OLG Celle, NJW 61, 692; OLG Hamburg NJW 63, 1790; JZ 64, 504; OLG Bremen NJW 63, 1465: "a l l e i - t i g e Beschränkung der Freiheit"; KG NJW 66, 1089: "uneingeschränkt nur noch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit"; vgl. auch v. Mangoldt-Klein, S. 129, 136, 137: jedenfalls nicht Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 Halbs. 1 GG; und im Ergebnis alle Theorien zur Bestimmung "immanenter Schranken", vgl. dazu oben S. 28 ff. - Als einschränkungsfähig sehen Hildg. Krüger, ZBR 56, 31 und v. Münch, Diss., S. 38, Fußn. 12 (anders JZ 58, 74) sogar die Menschenwürde an; vgl. neuerdings wieder -wie oben- das KG NJW 69, 672.
- 108) Vgl. v. Münch, JZ 58, 75; Hildg. Krüger, ZBR 56, 31; Leisner, DVBl 60, 624; insbesondere Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 117 f.; auch Hesse, Grundzüge, S. 129. - Zur rechtlichen Begründung dieser "Einschränkungen" siehe oben S. 51 ff.
- 109) Vgl. OLG Celle NJW 61, 692; OLG Frankfurt NJW 65, 412; OLG Oldenburg NJW 68, 1440; Frischknecht, JVB1 67, 81 f.; Nr. 166 DVollzO. - Auf die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten, die sich aus der Trennung von der Familie, insbesondere von der Frau, ergeben, sei hier nur hingewiesen; vgl. hierzu v. Münch, JZ 58, 75; OLG Hamm NJW 67, 217 für die Sicherungsverwahrung und insbesondere Bieler, Tagungsberichte III, S. 88, der auf die erheblichen sexuellen Probleme hinweist; vgl. auch Krebs, ZStW 64 (1952), 406 (423) zu der großzügigen Regelung in Schweden und die Anm. zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.3.64 - 3 Vas 3/64, in: OLG St zu Nr. 165 DVollzO, das eine Ehekrise als notwendige Folge der Strafe ansieht und deshalb einen Sonderurlaub zu deren Behebung ablehnt (!).
- 110) So das Recht, an Prozessionen teilzunehmen, vgl. dazu Rauch, a.a.O., S. 117 f.; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 66, 1088; BayVerfGH JR 66, 116.

Was die Beschränkung des P o s t v e r k e h r s anbetrifft, so gilt Art. 10 GG noch als das "klassische", durch den Strafvollzug eingeschränkte Grundrecht, ¹¹¹⁾ und auch das in Art. 17 GG gewährleistete vorbehaltssfreie Petitionsrecht wird Schranken unterworfen. ¹¹²⁾

B. Ablehnung der Lehre vom "besonderen Gewaltverhältnis" als Grundlage für Grundrechtseinschränkungen im Strafvollzug

Wenn im Vorausgegangenen ausführlich auf die Entwicklung der Lehre vom "besonderen Gewaltverhältnis" und die Argumentation der insbesondere von der Rechtsprechung repräsentierten herrschenden Meinung eingegangen wurde, so war das deshalb notwendig, weil sich diese Arbeit auch die Aufgabe gestellt hat, zu untersuchen, ob das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses weiterhin noch als R e c h t s g r u n d l a g e des Strafvollzuges, d.h. als Quelle von Rechten und Pflichten der Beteiligten, dienen kann. Gleichzeitig soll auch versucht werden, entgegen den Thesen, es sei nicht zwingend notwendig ¹¹³⁾ oder gar wegen der dem be-

111) Vgl. v. Münch, JZ 58, 75; Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 324 und die hierzu ergangenen zahlreichen Entscheidungen der Strafsenate.

112) Vgl. v. Mangoldt-Klein, S. 508 f., 512 und oben S. 10 mit Fußn. 10 und 11.

113) Vgl. Tiedemann, Rechtsstellung, S. 96: "Das besondere Gewaltverhältnis ist ein sehr reales Ordnungsgefüge, das auch bei fehlender positivrechtlicher bzw. gesetzlicher Festlegung 'durchaus abhebbar und ermittlungsfähig ist'; ähnlich, aber nur für "politisch nicht relevante" Rechtsverhältnisse, Thieme, JZ 64, 82, allerdings widersprüchlich, da er letztlich auch für diese auf eine gesetzliche Grundlage verzichten will (83).

sonderen Gewaltverhältnis wesenseigenen objektiven Unvorhersehbarkeit notwendiger Eingriffe unmöglich, ¹¹⁴⁾ eine gesetzliche Regelung zu schaffen, nachzuweisen, daß für Grundrechtseinschränkungen eine solche notwendig und z.B. für den Bereich des Postverkehrs auch möglich ist.

Im folgenden sollen deshalb die dargestellten Rechtfertigungsversuche der herrschenden Meinung einer kritischen Analyse unterzogen werden.

I. Kritik der Rechtfertigungsversuche

1. Der Strafvollzug als (persönliche) Gewährleistungsschranke

Auf entschiedene Ablehnung stoßen muß die insbesondere von Klein ¹¹⁵⁾ vertretene Auffassung, die "das Stehen in einem Besonderen Gewaltverhältnis" als eine "persönliche (immanente) Gewährleistungsschranke" und damit als einen besonderen Grund zur Einschränkung von Grundrechten ansieht.

Zunächst treffen hier -wie auch gegen alle nicht ausdrücklich in der Verfassung oder im Gesetz umschriebenen Schranken- im erhöhten Maße die gegen die Theorien zur Bestimmung "immanenter Grundrechtsschranken" vorgebrachten Einwände zu. ¹¹⁶⁾ Denn abgesehen davon, daß diese Auffassung zu einer Durchbrechung der Formtypik des Grundgesetzes und einer starken Relativierung und

114) So im Anschluß an Kahn, Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Diss., Heidelberg 1912, S. 12 f., Leisner, DVBl 60, 618 ff. und Rauch, Anstaltsbenutzungsverhältnis, S. 86 ff.

115) Vgl. oben S. 114 f.; zustimmend BayVerfGH 10, 63 m.Nachw., NJW 63, 1774; Hans, Rpfleger 62, 436 und DÖV 63, 257; Grunau, ZStW 70 (1958), 511 bei Anm. 10 und wohl auch Tiedemann, Rechtsstellung, S. 94 f.

116) Vgl. oben S. 36 ff.; ablehnend auch Spannagel, Diss., S. 73 f.

Einschränkung auch der vorbehaltstfreien Grundrechte führt, trägt sie gerade für den Strafvollzug die Gefahr in sich, das, was den Grundrechten an "immanenten" Bindungen innewohnen soll, aus der Tradition zu nehmen und im Zweifel den status quo zu konservieren - und wegen ihrer "Immanenz" auch dann, wenn eine gesetzliche Regelung vorhanden sein sollte. ¹¹⁷⁾

Zu diesen durchgreifenden Bedenken kommt noch ein weiterer gewichtiger Einwand, der sich darauf bezieht, daß Klein innerhalb seiner Schrankensystematik auch den Strafvollzug zu den "persönlichen Gewährleistungsschranken" zählt. Zwar mag zutreffen, daß in den von Klein angeführten Beispielen des "Deutschseins" und der "Grundrechtsmündigkeit" ein Grundrecht überhaupt nur in dem von diesen Begriffen gesteckten Rahmen entsteht. ¹¹⁸⁾ Für die Schranke "Strafvollzug" kann aber nicht gesagt werden, der Grundrechtsträger werde im Strafvollzug bei der Betätigung seiner Freiheit in von v o r n h e r e i n für jeden Bürger bestehende Schranken verwiesen. Vielmehr wird der einzelne wegen einer bereits a b g e s c h l o s s e n e n Störung als Delinquent n a c h t r ä g l i c h in seiner Freiheit beschnitten. ¹¹⁹⁾ Das Strafvollzugsverhältnis vermag allenfalls eine v o n a u ß e n an die -zunächst umfassend geltenden- Grundrechte herangetragene, einen E i n g r i f f darstellende S c h r a n k e zu begründen; keinesfalls kann es den Rahmen angeben, in dem ein Grundrecht nur entsteht, d.h. in dem es nur "gelte". ¹²⁰⁾

117) Vgl. Herb. Krüger, NJW 53, 1373; Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 59; ablehnend auch Bach, NJW 63, 1763.

118) Allerdings ist es auch hier überflüssig, von "Gewährleistungsschranken" zu sprechen, da sich diese Begrenzung wohl schon aus einer Interpretation der Begriffe ergibt, vgl. dazu oben S.36f. bei Anm. 138.

119) Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 324.

120) Vgl. v. Münch, Diss., S. 33, der allerdings die notwendigen Grundrechtsbeschränkungen dennoch unter den Begriff "immanente Grundrechtsschranken" fassen will (39). - Ablehnend auch Jäckel, Grundrechtsgeltung, S. 82 f., mit dem zutreffenden logischen Bedenken, daß Grundrechtsschranken, die allein im Bereich besonderer Gewaltverhältnisse und dort auch vielfach ungleichartig - Geltung haben, nicht dem Grundrecht selbst immanent sein können, sondern allenfalls in der Natur des jeweiligen bes. Gewaltverh. ihren Ursprung haben können.

Allein aus diesen Gründen muß deshalb das Bestehen einer Gewährleistungsschranke als Einschränkungsgrund für Grundrechte im Strafvollzug abgelehnt werden.

2. Zur Entbehrlichkeit eines die einzelnen Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigenden Gesetzes

Wenn die herrschende Meinung ^{120a)} ebenso wie Klein ein die einzelnen, den Vollzug konkretisierenden Maßnahmen rechtfertigendes Gesetz nicht für notwendig hält, so läuft das darauf hinaus, daß für den materiell als *V e r w a l t u n g* ¹²¹⁾ anzusehenden Strafvollzug der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für grundrechtseinschränkende Einzelmaßnahmen nicht gelten soll. Diese Auffassung, die wegen der gesetzlichen Anerkennung des Instituts "Strafvollzug" z.B. eine -ohne Zweifel nicht vorhandene- gesetzliche Bestimmung für die zeitweilige völlige Unterbindung des Briefverkehrs aus Disziplinargründen (vgl. Nr. 182 Abs. 1 Ziff. 4, 183 Abs. 1 DVollzO) für entbehrlich erachtet, ist jedoch erheblichen Bedenken ausgesetzt.

a.) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

In einem Staat, dessen Zweck die Schaffung und Erhaltung eines materiell gerechten Rechtszustandes ist, muß die Förderung der materiellen Rechtmäßigkeit auch für die Verwaltung, und zwar für *j e d e* Verwaltung, gelten (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG), demnach auch für den *S t r a f v o l l z u g*. Dieses Ziel sieht man, da für jedes Gesetz eine Vermutung zugunsten seiner Verfassungsmäßigkeit besteht, ¹²²⁾ im wesentlichen für den Bereich der Verwaltung in dem Grundsatz der *G e s e t z m ä ß i g k e i t* der *V e r w a l t u n g* verwirklicht. Danach ist *j e d e r* Eingriff der Regierungs- und Verwaltungsbehörden in die Rechts- und Freiheitssphäre der natürlichen oder juri-

120a) Vgl. oben S. 115 ff.

121) Daß der Strafvollzug materiell zur Verwaltung zu zählen ist, wird wohl heute nicht mehr zu bestreiten sein, vgl. v. Münch, JZ 58, 78; Spannagel, S. 79 m. Nachw.; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 104; Depenbrock Erwachsenen-Strafvollzug, S. 34-43.

122) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 20, Rdnr. 60 ff.

stischen Personen nur auf Grund eines f o r m e l l e n G e s e t z e s oder einer von ihm abgeleiteten anderen Norm zulässig (V o r b e h a l t d e s G e s e t z e s), wobei diese jeweils den Vorrang vor allen anderen Akten der Verwaltung genießen (V o r r a n g d e s G e s e t z e s). ¹²³⁾

Diese Abhängigkeit vom "Gesetz" soll dabei zweierlei garantieren: e r s t e n s, daß j e m a n d a n d e r e s als die Verwaltung -nämlich der G e s e t z - g e b e r- als e r s t e r darüber bestimmt, ob und wie in Rechte des Bürgers eingegriffen werden darf ("heterogene Legitimation"); z w e i t e n s, daß das Verwaltungshandeln sowohl in seinen Voraussetzungen als auch in der Art und Weise seiner Durchführung an b e s t i m m t e R e g e l n gebunden wird, die es dem Bürger ermöglichen sollen, in etwa vor auszusehen und zu kalkulieren, was im Einzelfall ihm bevorsteht ("Regelungsfunktion"). ¹²⁴⁾

- b.) Bejahung der Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch für Einzelmaßnahmen im Strafvollzug

Stellt demnach der Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes einen wesentlichen Bestandteil unserer demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsordnung dar, so müßten schon gewichtige Gründe vorliegen, seine Geltung für den Bereich der den Vollzug konkretisierenden Maßnahmen zu verneinen. Solche Gründe kann die herrschende Meinung jedoch nicht anführen.

123) Vgl. schon oben S. 55 ff., wo auch ablehnend auf die Frage einer g e w o h n h e i t s - rechtlichen Ermächtigungsgrundlage eingegangen worden ist. - Vgl. zum ganzen Thieme, DÖV 56, 523; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 29 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 138 ff. und Giacometti, Allgem. Lehren, S. 226 ff., 242 ff., 249 ff.

124) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 55; vgl. allgemein zur Funktion des Gesetzes, Herb. Krüger, Allgem. Staatslehre, S. 286 ff.

aa.) Wegfall der historischen Grundlagen

Wie oben ¹²⁵⁾ schon dargestellt, diente die Lehre vom "Vorbehalt des Gesetzes" für den Rechtsbereich der deutschen konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts zur Abgrenzung der Kompetenz zwischen Krone und Legislative und zog die Grenze zwischen besonderem und allgemeinem Gewaltverhältnis. Wegen ihrer Zugehörigkeit zur Innensphäre des Staates blieben die dem Staat in besonderer Weise Unterworfenen dem Rechtsbereich und damit der an das Parlament abgetretenen Zuständigkeit entzogen. Regelungen innerhalb dieses Raumes gehörten deshalb zum "Hausgut der Verwaltung", ¹²⁶⁾ so daß die besonderen Gewaltverhältnisse ein Reservat der Krone blieben und mit ihrer juristischen Rechtfertigung einen Damm gegenüber den Bestrebungen erweiterter parlamentarischer Zuständigkeit aufzurichten in der Lage waren.

Dieses für die Verfassungsstruktur der konstitutionellen Monarchie charakteristische und wesentliche Element des Ausschlusses des Vorbehalts gesetzlicher Ermächtigungen für Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis kann jedoch angesichts der durch das Grundgesetz veränderten Verfassungslage nicht übernommen werden. Denn mit dem Wegfall des Monarchen als ursprünglichem Rechtsträger, der nunmehrigen, zu einer Selbstverständlichkeit gewordenen Allzuständigkeit des Parlaments als oberstem Organ eines demokratischen Staates und der Aufwertung der Grundrechte durch eine mit Grundrechtsgarantien ausgestattete Verfassung läßt sich eine vom Gesetz unabhängige, aus eigener Kompetenz erwachsene Machtvollkommenheit der Exekutive nicht mehr aufrechterhalten. ¹²⁷⁾ Sie ist zu einer vollziehenden Gewalt im echten Sinne geworden, die in a l -

125) S. 103 f., 107 ff.

126) Thoma, HdbDStR, Bd. 2, S. 223.

127) Köhl, ZBR 56, 122; vgl. auch Thieme, JZ 64, 81 f. und Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 20; auch Brohm, DÖV 64, 246 f.

l e n Bereichen auf s p e z i e l l e verfassungsrechtliche und g e s e t z l i c h e -für den Bereich des Postverkehrs aber eindeutig nicht vorhandene- Ermächtigungen gegründet sein muß. 128)

Damit ist aber der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses, nachdem er im Grunde schon durch die Qualifizierung der besonderen Gewaltverhältnisse als "Rechtsverhältnisse" und der damit verbundenen Aufgabe einer rechtsfreien Sphäre verwässert wurde, endgültig seines juristisch faßbarsten und wesentlichsten Kennzeichens, nämlich der vom Monarchen delegierten direkten Zuständigkeit der Verwaltung zur Regelung dieser Rechtsverhältnisse unter Ausschluß der Gesetzgebung, beraubt. 129) Er kann deshalb zur Ausschaltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips nicht mehr dienen.

bb.) Widerspruch des besonderen Gewaltverhältnisses zur Funktion des Gesetzmäßigkeitsprinzips

Die Figur des besonderen Gewaltverhältnisses als selbständigen R e c h t s b e g r i f f aufrechtzuerhalten, erscheint aber auch deshalb unmöglich, weil er zu den beiden oben aufgezeigten Funktionen des Gesetzmäßigkeitsprinzips in einem unüberbrückbaren Widerspruch steht und ihnen deshalb auch für seinen Bereich nicht zu genügen in der Lage ist: denn weder wirkt dieser Begriff gewaltenteilend ("heterogene Legitimation"), da das besondere Gewaltverhältnis gerade aus der L o s g e l ö s t h e i t vom Gesetzgeber existiert, noch vermag er dem Interesse an einer Gerechtigkeit zu entsprechen ("Regelungsfunktion"), da er -soll ihm überhaupt ein juristisch selbständiger Sinn zukommen- eben in der F r e i s t e l l u n g von der Gebundenheit an bestimmte Regeln bestehen soll und kann. 130)

128) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 211 f.; auch Imboden, a.a.O., S. 41 f.

129) Köhl, ZBR 56, 122.

130) So Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 56; vgl. auch Jesch, a.a.O., S. 208.

Das bedeutet aber, daß mit der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis die Nichtgeltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips innerhalb des S t r a f v o l l z u g e s nicht mehr zu rechtfertigen ist.

cc.) Keine Ausnahme für "institutionalisierte" besondere Gewaltverhältnisse

Die These der herrschenden Meinung, der Strafvollzug sei ein durch die Verfassung "i n s t i t u t i o n a l i s i e r t e s" besonderes Gewaltverhältnis ¹³¹⁾ und deshalb als verfassungsrechtliche I n s t i t u t i o n den Grundrechten gleichsam vorgegeben, vermag aber auch die grundsätzliche Geltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips nicht entbehrlich zu machen.

(a) Wenn oben ¹³²⁾ anerkannt worden ist, daß die Verfassung z.B. in bezug auf die Ehe, Familie, das Schulwesen, Erbrecht, die Selbstverwaltung der Gemeinden und Hochschulen, das Berufsbeamtentum objektive Gewährleistungen, sog. Einrichtungsgarantien, beinhaltet, so war dort gleichzeitig vor einer "Institutionalisierung großen Stils" gewarnt worden. Diese "Institutionalisierung" droht nämlich, entgegen der Schutzrichtung der zur Weimarer Zeit entstandenen Lehre von der "institutionellen Garantien", die vom Grundgesetz grundsätzlich zu schützende Freiheitssphäre des einzelnen in unzulässiger Weise einzuschränken. Denn die Lehre von den "institutionellen Garantien" sollte nur verhindern, daß der einfache Gesetzgeber unter Ausnutzung der allgemeinen Gesetzgebungszuständigkeit oder der Gesetzesvorbehalte von dem Institut nur noch den Namen respektiert und so die Garantie der Verfassung unterläuft. ¹³³⁾

(b) Vor diesem verfassungsgeschichtlichen Hintergrund erscheint dann auch größte Vorsicht geboten, den Strafvollzug diesen Einrichtungsgarantien gleichzusetzen, ohne daß

131) Oben S. 115 ff.

132) S. 15 ff. (17 m. Fußn. 50).

133) Quaritsch, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 801/2 und oben S. 17.

mit diesen Zweifeln die unerläßliche Existenz des Strafvollzuges als solchen in Frage gestellt werden soll.

In der Tat läßt sich eine solche Gleichsetzung weder aus der Interessenlage noch aus der Verfassung herleiten. Denn einerseits fehlte und fehlt auch noch bis heute das Bedürfnis, den Strafvollzug, für den ja der Vorbehalt des Gesetzes nicht galt und gelten soll, vor einer sich ausweitenden Gesetzgebung schützen zu müssen, und andererseits enthält der Verfassungstext in den ersten beiden Abschnitten für den Strafvollzug im Gegensatz zu den durch das Grundgesetz z.B. in Art. 6, 7, 14, 28, 33 GG garantierten Einrichtungen keine gleichwertigen Hinweise.

Allein in Art. 74 Ziff. 1 GG wird der S t r a f v o l l z u g lediglich als zur (konkurrierenden) ^{133a)} Gesetzgebungskompetenz des Bundes gehörig bezeichnet, und die Hinweise auf die F r e i h e i t s e n t z i e h u n g (Art. 2 Abs. 2, 104, 12 Abs. 3 GG) vermögen zugunsten einer "Institutionalisierung" im obigen Sinne nichts auszusagen. Letztere Bestimmungen betreffen nämlich gerade g e s e t z l i c h e, den Art. 2 und 12 GG beigegebene V o r b e h a l t e; sie in Beweise für eine Institution der "Gefangenschaft" umzudeuten, wäre deshalb eine petitio principii. ¹³⁴⁾

Zudem muß der Versuch, aus der bloßen Erwähnung eines besonderen Gewaltverhältnisses in der Verfassung Rückschlüsse auf die Nichtgeltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips für besondere Gewaltverhältnisse zu ziehen, als äußerst zweifelhaft angesehen werden. Hierdurch würde nämlich trotz der veränderten Verfassungslage für diese Gewaltverhältnisse alles beim alten belassen, d.h. bei ihrer früheren grundrechtslosen Form. Auch muß diese Lehre für die beson-

^{133a)} Vgl. dazu Müller-Dietz, GA 1967, 65, 70 ff.

¹³⁴⁾ Schüler-Springorum, Tagungsberichte, II, S.63 f., der deshalb mit Recht betont, daß dann auch andere Gegenstände der Gesetzgebung, wie Börsenwesen, Straßenverkehr und Wetterdienst zu einer Institution des Verfassungsrechts erhoben werden könnten; vgl. auch Spannagel, S. 76 mit dem Hinweis, daß Art. 12 Abs. 3 dann überflüssig wäre, da der Arbeitszwang schon immer üblich war.

deren Gewaltverhältnisse versagen, die im Grundgesetz nicht erwähnt sind. 135)

Die Erwähnung des Strafvollzuges und der Freiheitsentziehung in der Verfassung kann deshalb allenfalls etwas über ihre grundsätzliche Zulässigkeit in dem von ihnen ausdrücklich gesteckten Rahmen, keinesfalls darüber hinaus aber etwas über die Art und Weise, in der in die Grundrechte eingegriffen werden darf, aussagen. 136)

dd.) Die Unergiebigkeit der vorhandenen gesetzlichen Vorschriften

Als gegenüber rechtsstaatlichen Anforderungen unzulänglich erweisen müssen sich auch die Versuche, die in Erkenntnis mangelnder detaillierter gesetzlicher Regelungen den Strafinhalt allein oder zusätzlich aus den vorhandenen, nur die Freiheitsstrafe begründenden Normen des materiellen Strafrechts und der Strafprozeßordnung oder aus dem richterlichen Strafurteil rechtfertigen wollen.

(a) Daß den nur spärlich vorhandenen, den Freiheitsentzug betreffenden gesetzlichen Vorschriften über ihren eng begrenzten Inhalt hinaus nichts darüber, welche Eingriffe außer dem Entzug der Bewegungsfreiheit zulässig sind, entnommen werden kann, ist im Zusammenhang mit der Untersuchung der gesetzlichen Grundlagen des Strafvollzuges schon herausgearbeitet worden; 137) daß ihnen darüber hinaus auch nichts entnommen werden darf, ergibt sich aus der dargelegten Funktion des Gesetzmäßigkeitsprinzips, die für jeden Eingriff eine bestimmte gesetzliche Grundlage erfordert. 138) Eine solche gesetzliche Grundlage ist aber, wie weiter oben schon dargelegt, nicht vorhanden; und es ist auch von niemandem behauptet oder nur ernstlich in Erwägung gezogen worden, den vorhandenen Vorschriften könne z.B. auch nur etwas darüber entnommen werden, ob

135) Jesch, a.a.O., S.208 f.; Leisner, DVBl 60, 623.

136) So neuerdings auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S.237 f. - Ob demgegenüber der "Zweck", das "Wesen" oder "Funktionieren" des bes. Gewaltverh. eine Einschränkung des Gesetzmäßigkeitsprinzips bewirken kann, muß hier zunächst noch unberücksichtigt bleiben; siehe dazu unten S.132 ff.

137) Siehe dazu oben S.88 ff. u. auch schon S.81 m.Anm. 344.

138) Im Ergebnis auch Baumann, MschrKrim 64, 64 und Altenhain, JZ 66, 19 f.; 23.

Briefe mit beleidigendem Inhalt angehalten werden dürfen oder ob die Überwachung von Briefen, die in Ausübung des Petitionsrechts (Art. 17 GG) abgesandt werden, zulässig ist.

(b) Aus dem r i c h t e r l i c h e n S t r a f -
u r t e i l lassen sich auch keine Schlußfolgerungen
für eine Entbehrlichkeit des Gesetzmäßigkeitsprinzips
ziehen. Zwar bestimmt der Richter im Einzelfall, welche
Strafe oder Maßnahme gegenüber dem Delinquenten zu ver-
hängen ist; sein Ermessen ist aber durch die gesetzli-
chen Vorschriften begrenzt, deren unzureichende Aussage
über den Inhalt und die nähere Gestaltung des Strafübels
er weder verändern noch ergänzen darf, weil er dann gegen
das Gewaltenteilungsprinzip verstoßen würde (vgl. Art. 19
Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG). So wenig der Richter die
Lücken des geltenden Rechts ausfüllen darf, so wenig kön-
nen seine Urteile die fehlende gesetzliche Ermächtigung
der Verwaltung ersetzen, da sich die Urteilswirkung nicht
über den sachlichen Funktionsbereich der Dritten Gewalt
hinaus auf den der gesetzgebenden Gewalt erstrecken
kann. 139)

Wird im Urteil auf Freiheitsentzug erkannt, so kann das
nur eine Verweisung auf die gesetzlichen Vorschriften be-
deuten, nach deren Maßgabe die Strafvollzugsverwaltung
mit dem Verurteilten zu verfahren hat.

ee.) Keine Einschränkung des Gesetzmäßigkeitsprinzips
durch den "Zweck" des besonderen Gewaltverhältnisses

Die Entbehrlichkeit des Gesetzmäßigkeitsprinzips inner-
halb der besonderen Gewaltverhältnisse läßt sich auch
nicht mit der Begründung rechtfertigen, das Maß der Grund-
rechtseinschränkungen werde zwangsläufig vom "Zweck",
"Sinn", "Wesen", usw. des jeweiligen besonderen Gewalt-
verhältnisses bestimmt. 140)

Dieser These, die sich wegen ihrer "Einfachheit" als

139) Spannagel, Diss., S. 80.

140) Oben S.117 ff.

universale Formel bis heute zu halten wußte, muß aber gerade für den Strafvollzug mit Entschiedenheit widersprochen werden, da sie sich weder für den Einzelfall als brauchbar erweist noch insgesamt rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen vermag.

(a) Brauchbar wäre diese Formel nämlich nur dann, wenn sich mit einer gewissen Bestimmtheit für alle Beteiligten feststellen ließe, worin der "Zweck", das "Wesen" usw. bestehen. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr sind der "Zweck" und die meist synonym verwandten Begriffe nicht nur von Gewaltverhältnis zu Gewaltverhältnis, sondern auch innerhalb des einzelnen sehr verschieden, vieldeutig und genarklauselartig, da sie sich nach einer ihnen jeweils vom Standpunkt des Betrachters abhängigen übergeordneten Idee richten.¹⁴¹⁾ Für ihre rechtliche und ethische Einstufung bedarf es einer Beurteilung, die für den rechtlichen Bereich nur auf Grund von einzelnen Rechtsätzen oder einer Gesamtheit von Rechtsnormen vorgenommen werden darf, denn diese allein bestimmen in einem demokratischen Rechtsstaat den Umfang des Sollens und Dürfens eines Rechtssubjektes in verbindlicher Weise.¹⁴²⁾

Gerade in bezug auf die Freiheitsstrafe und ihren Vollzug lassen sich aber weder für deren Zielsetzung noch für die Mittel ihrer Verwirklichung eindeutige "Zwecke" ermitteln.

(aa) Indem nämlich immer wieder auf "Sinn" und "Zweck" der Freiheitsstrafe, gleichzeitig aber auch auf den "Zweck", das "Wesen" usw. des besonderen Gewaltverhältnisses "Strafvollzug" verwiesen wird, taucht ein ganzes, fast unübersehbares Bündel von Zwecken auf, was in dem

141) Vgl. die Kritik bei v. Münch, Diss., S. 30 ff.; Bachof, VVdStRL 15 (1957), 206 und Spannagel, Diss., S. 82 f.

142) Vgl. Hesse, Grundzüge, S. 78; Spannagel, S. 82; ebenso neuerdings W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 236 ff. (240).

Streit um die "Strafzwecke" besonders anschaulich zum Ausdruck kommt.¹⁴³⁾ Abgesehen davon, daß diese "Straftheorien" meist die ethische und rechtspolitische Rechtfertigung der staatlichen Strafgewalt ohne Rücksicht auf die tatsächliche Ausgestaltung der einzelnen Straformart betreffen, wird wegen des gegenseitigen "Konkurrierens" der einzelnen Strafzwecke die Forderung erhoben, den Zweck des S t r a f v o l l z u g e s unabhängig von den "extrem strapazierten"¹⁴⁴⁾ S t r a f z w e c k e n zu bestimmen, um dadurch dem Resozialisierungsgedanken den Ausschlag geben zu können.¹⁴⁵⁾ Zu dieser Ungewißheit, welcher "Zweck" überhaupt zugrunde zu legen ist, kommt noch der Gesichtspunkt, daß das "Wesen" des Vollzuges in den sog. offenen Anstalten zwangsläufig andere Grundrechtsbeschränkungen beinhalten muß als in den geschlossenen, deren Charakter sich wiederum verändern muß, wenn man das "Wesen" des Freiheitsentzuges nur in der "Einsperrung" und nicht auch in der "Absperrung" sieht.

(bb) Zu dieser schwierigen und von dem jeweiligen Standpunkt des Betrachters abhängigen und deshalb die Rechtssicherheit und -klarheit stark beeinträchtigenden Zweckbestimmung kommt jedoch ein weiterer Mangel hinzu: Selbst ein "Zweck", der nur nach Maßgabe der Verfassung Rechtswirkungen zu erzeugen in der Lage wäre, vermöchte a l l e i n nichts darüber zu besagen, welche M i t t e l -und insoweit welche Grundrechtsbeschränkungen- zu seiner Verwirklichung notwendig sind. Hierzu ist der "Zweck" selber untauglich,

143) Vgl. oben S. 19 ff. und neuerdings die Schriften von Müller-Dietz, Strafbegriff und Strafrechtspflege, Berlin 1968; Kühlwein, Grundlegung zu einer Kritik der Strafrechtstheorien im Lichte der modernen Kriminologie, Hamburg 1968; vgl. auch Bruns, Strafzumessungsrecht, AT, S. 235-330.

144) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 62.

145) So schon Liepmann, in: Frede-Grünhut, S. 4 ff.; Frede, in: Frede-Grünhut, S. 102 ff.; Starke, in: Bumke, S. 158 ff. und neuerdings Eb. Schmidt, Tagungsberichte I, S. 30 ff.; Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 62, 66 ff. und die Entschließung der Strafvollzugskommission, abgedruckt in ZfStrVo 68, 114.

vielmehr bedarf es einer gesonderten Überlegung darüber, wann ein Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes rechtmäßig ist oder nicht; denn letztlich ist es nicht die staatliche Zielsetzung als solche, sondern das zu ihrer Durchsetzung angewandte Mittel, das den einzelnen unmittelbar berührt. ¹⁴⁶⁾

Wenn dann aus dem "Zweck" des Strafvollzuges gefolgert wird, überlanges Kopfhair müsse geschnitten werden, ¹⁴⁷⁾ die Unterbringung von drei Gefangenen in einer Einmännzelle werde vom Vollzugszweck nicht gedeckt, obwohl der Rechtsbrecher "mit dem Freiheitsentzug als einem nachhaltigen und empfindlichen Strafübel zu treffen und dadurch das Abschreckungs-, Vergeltungs-, Sühne- und Besserungsziel der Bestrafung herbeizuführen" sei, ¹⁴⁸⁾ die an eine Staatsanwaltschaft ¹⁴⁹⁾ oder Volksvertretung ¹⁵⁰⁾ gerichtete Post müsse kontrolliert werden - dann wird schon aus diesen Beispielen deutlich, daß zu einer Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen allein die Berufung auf den "Zweck" nicht ausreichen kann. ¹⁵¹⁾

146) Spannagel, S. 69 mit den Beispielen, daß es durchaus zweckmäßig sein kann, widerspenstige Gefangene mit der Prügelstrafe als Disziplinarmaßnahme zur Ordnung zu zwingen, oder eine dauernde Fesselung aller Gefangenen anzuordnen, um jeden Fluchtversuch von vornherein zu verhindern.

147) OLG Celle NJW 68, 123.

148) OLG Hamm NJW 67, 2024 (2026).

149) OLG Hamm NJW 67, 1973 (aus dem "Zweck" der U-Haft); Rotthaus, JVB1 67, 195 ff.

150) Vgl. die Nachw. auf S. 10 in Fußn. 10 und 11.

151) Das um so mehr, als es nach der Entscheidung des OLG Hamburg der Vollzugsbehörde überlassen ist, "je nach ihren Zweckmäßigkeitserwägungen dem einen oder anderen der Strafzwecke ein Übergewicht zuzuerkennen", MDR 65, 758. - Die Unhaltbarkeit dieses Lösungsversuches zeigt sich auch, wenn aus dem Strafzweck die fehlende Anrede mit "Herr" gerechtfertigt wird (OLG Hamburg NJW 65, 647), oder wenn das OLG Hamm NJW 67, 217, dem Sicherungsverwahrten den ehelichen Verkehr verweigert, mit dem zusätzlichen Hinweis, daß allenfalls der Resozialisierungsgedanke den Anspruch des Verwahrten rechtfertigen könne, die gegenwärtige Rechtslage dazu aber keine Handhabe biete; vgl. dazu Schultz, MDR 67, 372.

(b) Unabhängig von diesen mehr allgemeinen Erwägungen, die schon die Unzulänglichkeit des "Zweck"-gedankens deutlich machen, ergeben sich aber spezielle v e r - f a s s u n g s r e c h t l i c h e Bedenken gegen seine grundrechtsbeschränkende Kraft. Denn dem für eine rechtliche Bewertung entscheidenden Gesichtspunkt, ob in den geltenden R e c h t s n o r m e n z.B. Sühne und Erziehung zum Inhalt der Strafe gemacht wurden und mit welchen n o r m i e r t e n Mitteln sie zu verwirklichen sind, vermögen die vorhandenen Normen nicht zu genügen.¹⁵²⁾ Es kann zwar nicht verkannt werden, daß die Strafe auch die Zufügung eines Übels darstellt und daß der Erziehungsgedanke z.B. in §§ 26 und 42d StGB zu einem rechtlich gebilligten Ziel erklärt worden ist; daraus ergibt sich aber noch nicht, welche Mittel der Vollzugsbehörde zur Verfügung stehen, die Strafe zu einem Übel werden zu lassen oder auf den Gefangenen erzieherisch einzuwirken. Denn wo sind z.B. die gesetzlichen Vorschriften, die als Hausstrafen Kost- und Lichtschmälerung, hartes Lager, den Ausschluß von der Bewegung in frischer Luft oder vom Verkehr mit der Außenwelt bis zu 3 Monaten rechtfertigen?¹⁵³⁾ Dies zu bestimmen, ist aber a l l e i n Aufgabe des G e - s e t z g e b e r s. Daß er ihr in den wenigen Bestimmungen über die Freiheitsentziehung nur unzureichend nachgekommen ist, vermag daran nichts zu ändern oder in etwa zu rechtfertigen, daß die Vollzugsbehörde von dem Grundsatz, daß allein die Verfassung und der Gesetzgeber über die Einschränkung von Grundrechten zu befinden haben, bei der Auswahl der grundrechtsbeschränkenden Mittel befreit sein soll.

152) Vgl. Baumann, MschrKrim 64, 64 f.; Altenhain, JZ 67, 23 und schon oben S. 81, 88 ff., 131 f.

153) Vgl. Nr. 182 Abs. 1 Ziff. 9, 184; 182 Abs. 1 Ziff. 6, 183 Abs. 3; 182 Abs. 1 Ziff. 8, 183 Abs. 5, 185 Abs. 6; 182 Abs. 1 Ziff. 7, 183 Abs. 4; 182 Abs. 1 Ziff. 4; 183 Abs. 1 DVollzO; vgl. dazu Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 89-94.

(aa) Dieser Forderung kann auch nicht entgegengehalten werden, bei der Auswahl der Mittel sei die Verwaltung durch ihr pflichtgemäßes Ermessen ¹⁵⁴⁾ oder an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. ¹⁵⁵⁾ Denn diese Grundsätze setzen gerade voraus, daß es sich bei den angewandten Mitteln um zulässige handelt. Über die Zulässigkeit dieser Mittel entscheidet aber bei Grundrechtsbeschränkungen nach dem Grundgesetz allein der Gesetzgeber (vgl. Art. 19 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG), ¹⁵⁶⁾ wenn man nicht jedes Mittel von der Rechtsordnung als gebilligt ansehen will. Das würde aber dazu führen, daß durch den die staatliche Allmacht begrenzen den ¹⁵⁷⁾ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zugunsten der Verwaltung dem Gesetzgeber ein Teil seiner Kompetenz stillschweigend entzogen werden würde. ¹⁵⁸⁾

(bb) Den obigen Einwänden ist auch die Auffassung ausgesetzt, die den unbestimmten Begriff des "Zweckes" durch das "Funktionieren" des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses, d.h. "das Funktionieren des konkreten Sachbereiches des Gewaltunterworfenen", ¹⁵⁹⁾ ersetzen will. Das beweisen die Ausführungen v. Münchs, wenn er den durch das Funktionieren des Strafvollzugsverhältnisses erforderlichen Grundrechtseinschränkungen auch einen komplexen Strafzweck, nämlich Sühne, Abschreckung, Sicherung und (vornehmlich) Reso-

154) Vgl. Thieme, DÜV 56, 524; JZ 64, 83.

155) So schon Jacobi, Diss., S.17 und letztlich auch die h.M., indem sie von "(zwingend) notwendigen" oder "unerläßlichen" Einschränkungen spricht.

156) Behörde und Gericht sind nicht nur verfassungswidrige Eingriffe verboten, sie sind auch an die im Gesetz allein zugelassenen Zwecke und Mittel gebunden; vgl. Gentz, NJW 68, 1605 mit zahlreichen Nachweisen in Fußn. 47; speziell für den Strafvollzug neuerdings auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 237, 240.

157) Gentz, NJW 68, 1601 m.Nachw. und oben S. 70 ff.

158) Spannagel, Diss., S. 83.

159) So vor allem v. Münch, Diss., S. 45 (Hervorhebung auch im Zitat); vgl. oben S.116. - Wie hier, W. Schmidt, a.a.O., S. 237.

zialisierung, zugrunde legt oder wenn er den Vollzugsbehörden bei der Ausgestaltung des Vollzuges ein weites Ermessen einräumt, das das Erfordernis der Einsperrung und Absperrung nicht übergehen dürfe.¹⁶⁰⁾ v. Münch kommt dann auch zu der umstrittenen¹⁶¹⁾ Schlußfolgerung, daß eine Überwachung der Post aus dem Resozialisierungsgedanken auch bei den Gefangenen gerechtfertigt sei, von denen durch den Postverkehr eine Beeinträchtigung der Sicherheit der Anstalt (z.B. durch Fluchtpläne) nicht zu erwarten ist.¹⁶²⁾

(c) Zusammenfassend läßt sich demnach feststellen, daß in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat sowohl die staatliche Zielsetzung als auch die ihr dienenden Mittel und Methoden eine ausdrückliche Billigung durch die Rechtsordnung erfahren müssen. Der "Zweck" usw. vermag weder die Grundrechtseinschränkungen noch die Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit für grundrechtsbeschränkende Maßnahmen innerhalb des Vollzuges auszuschließen. Nur so kann verhindert werden, daß "die Grundrechte unter den allgemeinen Vorbehalt der Verwaltungseffizienz" geraten.¹⁶³⁾

c.) Zwischenergebnis

Bezogen auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat die bisherige Untersuchung ergeben, daß die verschiedenen Rechtfertigungsversuche der herrschenden Meinung diesem elementaren Grundsatz unserer Verfassung weder genügen noch ihn für Grundrechtseinschränkungen im Strafvollzug entbehrlich machen.

160) JZ 58, 73; vgl. auch Diss., S. 76 ff.

161) Anderer Auffassung als v. Münch sind z.B. ausdrücklich Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 67; Eb. Schmidt, Tagungsberichte I, S. 38 f.; zweifelnd auch Baumann, MschrKrim 64, 68 ff.

162) JZ 58, 75.

163) Leisner, DVBl 60, 623.

II. Ergebnis und Schlußfolgerungen

In der vorausgegangenen kritischen Analyse der sich im wesentlichen auf die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis stützenden Rechtfertigungsversuche dürfte deutlich geworden sein, daß das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses als *R e c h t s* Grundlage für die Begründung von Rechten und Pflichten der Beteiligten nicht nur nicht tauglich, sondern unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten auch nicht mehr länger hingenommen werden kann.

In einem Gemeinwesen wie der Bundesrepublik, die sich als einen "Rechtsstaat" bezeichnet und in der die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG *a u s n a h m s l o s* und *u n m i t t e l b a r* jede staatliche Gewalt binden, kann der Strafvollzug nicht von den alles staatliches Handeln bestimmenden Prinzipien durch eine "Rechtskonstruktion" ausgeklammert werden, deren ursprüngliches Wesen gerade dem Recht entgegengesetzt war und deshalb unter der Geltung des Grundgesetzes mehr oder weniger zu einer "sinnentleerten Begriffshülse" ¹⁶⁴⁾ werden mußte. Zu den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit gehören aber Voraussehbarkeit und Klarheit, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, die nach einer *g e s e t z l i c h e n* Regelung verlangen, die das rechtliche Verhältnis zwischen dem verurteilten Rechtsbrecher einerseits und dem Staat andererseits möglichst umfassend umreißt. ¹⁶⁵⁾ Soll aber die Rechtsstaatsidee in einem demokratischen Staatswesen herrschen, so ist es nicht mehr länger zu vertreten, die Rechtsbeziehungen durch das unsichere "Rechtsinstitut" des besonderen Gewaltverhältnisses und eine in ihrem Rechtscharakter umstrittene Dienst- und Vollzugsordnung bestimmen zu lassen. Es gehört zum Wesen eines Rechtsstaates, daß so weitgehende Eingriffe in Freiheit und andere Rechtsgüter, wie sie der Strafvollzug mit sich bringt, im Gesetz, und *n u r*

164) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 58.

165) Vgl. Würtenberger, JZ 67, 235 f.

i m G e s e t z ihre ausreichende rechtliche Legitimierung finden. 166)

Gilt aber das Gesetzmäßigkeitsprinzip auch i m besonderen Gewaltverhältnis, so bleibt in der Tat für das besondere Gewaltverhältnis als R e c h t s figur keine sinnvolle Funktion mehr übrig. 167) Es kann allenfalls dazu dienen, die in bestimmten staatlichen Einrichtungen existierende Eigenart von "Gehorsamspflicht" und gesteigerter "Anordnungsbefugnis" eines "Gewaltinhabers" zu umschreiben. Letzten Endes ist die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ihrer wissenschaftlichen Erfassung nach deshalb nur die ordnende Einteilung empirisch festgestellter Tatbestände in ein System, das n i c h t als R e c h t s grundlage für eine rechtliche Sonderbehandlung dienen kann. 168)

Aufgabe eines künftigen Vollzugsgesetzes wird es deshalb sein müssen, den durch die unsicheren Zwecke des besonderen Gewaltverhältnisses und das gesetzgeberische Versagen bedingten "Krampf" 169) vieler gerichtlicher Begründungen zur Rechtfertigung grundrechtseinschränkender Maßnahmen auszuschalten. Das wird aber -wie im anderen Zusammenhang schon nachzuweisen versucht wurde- 170) nur dadurch geschehen können, daß zur Grundlage des Freiheitsstrafvollzuges a l l e i n die Resozialisierung bzw. Sozialisierung des Täters gemacht wird, die sich aus der sozialstaatlichen Forderung des Grundgesetzes ergibt. Resozialisierung bedeutet aber Aufrechterhaltung, sogar Förderung des Kontaktes mit der Außenwelt, und zwar nicht nur im Wege der "Vergünstigungen". Sozialisation erfor-

166) Vgl. Baumann, MschrKrim 64, 57 ff. (64); Würtenberger, JZ 67, 236; W. Schmid, Gesetzesvollziehung, S. 240 ("Nr. 57 DVollzO ist deshalb ebenso verfassungswidrig wie die einzelnen darauf aufbauenden Vollzugsvorschriften") und allgemein auch Hesse, Grundzüge, S. 78.

167) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S.57.

168) Spannagel, Diss., S.65; vgl. auch die Kritik von Forsthoef, Verwaltungsrecht I, S. 123 f.

169) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S.62.

170) Vgl. oben S. 21 f., 81 f.

dert aber auch pädagogisches Einwirken auf den sich in Unfreiheit befindenden Täter, was seine freiwillige Mitwirkung voraussetzt. Wo diese fehlt, sollte aus der Überlegung, daß der Kriminelle durch die Begehung der Straftat seine mangelnde Selbsterziehung als eine Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenlebens manifestiert hat, zumindest der Versuch einer Resozialisierung unter-
nommen werden. ¹⁷¹⁾ Dabei muß allerdings als rechts-
staatliche Grenze allen pädagogischen Denkens und Han-
delns die Persönlichkeit des Täters geachtet werden. ¹⁷²⁾

Gilt es aber, die einzelnen Freiheitsbeschränkungen ge-
setzlich zu regeln und dem Strafvollzug gesetzlich einen
eigenen "Zweck" zu setzen, ¹⁷³⁾ so bedarf es auch nicht
mehr diffiziler Überlegungen, welche Grundrechtsbeschrän-
kungen notwendigerweise mit dem "Zweck" der Freiheitsstra-
fe verbunden sind. Als solche könnten nämlich ohnehin nur
mit hinreichender Bestimmtheit die der Freiheit der Per-
son (Art. 2 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)
und Freizügigkeit (Art. 11 GG) genannt werden, deren ver-
fassungsrechtliche Zulässigkeit oben ¹⁷⁴⁾ zu begründen
versucht wurde. Darüber hinaus dürfte es unmöglich sein,
im einzelnen zu bestimmen, welche Beschränkungen im Berei-
che des P o s t v e r k e h r s zwangsläufige Folgen
der Freiheitsentziehung sind. Denn daß der Freiheitsent-
zug eine völlige Absperrung von der Außenwelt -und damit
die Beschränkung der Art. 2, 5, 10, 17 GG- n i c h t
zwingend nach sich ziehen muß, beweisen z.B. schon -ohne
daß hiermit Ergebnisse vorweggenommen werden sollen- die
Existenz des offenen und halboffenen Vollzuges und die Aus-
nahmen bei Petitionen, der Verteidiger- und Anwaltspost
und den Briefen nicht resozialisierungsbedürftiger Täter
- will man nicht gerade auch eine Kontrolle des gesamten

171) Vgl. Peters, Kriminalpädagogik, S. 106; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 100 f. m.w.Nachw.

172) Vgl. statt vieler Ruprecht, Tagungsberichte II, S. 85 ff. (88); Tiedemann, Rechtsstellung, S. 101 ff. und schon oben S. 61 f., 82.

173) Vgl. §§ 2 Abs. 1, 37 des Alternativ-Entwurfes.

174) S. 51 ff.

Briefverkehrs und ein etwaiges Nichtbefördern der Post in bestimmten Fällen zum Inhalt der Strafe machen. 175)

Es ist deshalb daran festzuhalten, daß der Gefangene alle Grundrechte besitzt, es sei denn, sie sind durch einen erfüllten -oder noch zu erfüllenden- Gesetzesvorbehalt für beschränkbar erklärt worden. 176) Für ein zukünftiges Gesetz -und auch für die weitere Bearbeitung des gestellten Themas- wird deshalb die gegenwärtige Vollzugspraxis zu untersuchen sein und unter Zugrundelegung der dem Gesetzgeber gezogenen Schranken bei der Beschränkung der umfassend geltenden Grundrechte und des Resozialisierungsgedankens die Frage zu stellen sein, für welche Fälle und in welchem Umfang eine gesetzliche Einschränkung der Grundrechte notwendig und zulässig ist.

Der Rechtsklarheit halber bedürfte es in dem zukünftigen Vollzugsgesetz auch der Nennung aller eingeschränkten Grundrechte; und als nicht unbegründet zu erwägen wäre auch die Aufnahme eines dem Art. 17 a GG entsprechenden Artikels in die Verfassung, wodurch endlich eine Erledigung des unerquicklichen Streites um die Rechtfertigung der notwendigen Einschränkung v o r b e h a l t s - f r e i e r Grundrechte auch für den Strafvollzug erzielt würde. Der Aussage des Art. 17 a GG kann deshalb auch eine Bestätigung des hier gewonnenen Ergebnisses, daß jede Grundrechtseinschränkung einer ausdrücklichen Rechtfertigung in der Verfassung bedarf, entnommen werden, auch wenn demgegenüber zum Teil in Art. 17 a GG nur eine Bekräftigung der bestehenden Rechtslage gese-

175) Siehe dazu unten S. 147 ff.

176) So im Ergebnis auch Schüler-Springorum, Tagungsberichte, II, S. 64.

hen 177) oder das Ziehen eines Rückschlusses auf andere besondere Gewaltverhältnisse abgelehnt wird. 178) Wollte man diese Auffassungen unwidersprochen hinnehmen, so hieße das, bei W. Jellinek stehen zu bleiben und die Verfassungsaussage des Art. 17 a GG als reine Deklaration zu entwerten. 179)

177) Vgl. Mann, DÖV 60, 412.

178) Maunz-Dürig, Art. 17 a, Rdnr. 22; Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, S. 109; Perschel, Die Meinungsfreiheit des Schülers, S. 24.

179) Vgl. insoweit die Kritik bei Leisner, DVBl 60, 623 m.Nachw. zu Art. 17 a in Fußn. 37.- Daß das besondere Gewaltverhältnis allein keine Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen abgibt, wird auch von § 37 Abs. 3 BSeuchenG bestätigt, der die Voraussetzungen für eine zulässige Postkontrolle bei den auf Grund dieses Gesetzes Untergebrachten aufstellt; zustimmend insoweit Struckmann, NJW 62, 621 f. (Verfassungswidrigkeit der Postkontrolle bei Untergebrachten in NRW) und Bach, NJW 63, 1764.

2. Hauptteil

Die Zulässigkeit von Beschränkungen des Postverkehrs de lege lata und de lege ferenda

I. Abschnitt

Untersuchung der Beschränkungsmöglichkeiten

A. Die Grundlagen der Einzeluntersuchung

Bevor in die Einzeluntersuchung eingetreten werden kann, sind noch einige Ausführungen voranzustellen, die zur Klärung von Untersuchungsmethode und -ziel beitragen sollen, vor allem aber noch einige, speziell den Freiheitsentzug betreffende, bisher nur angedeutete Aspekte vertiefen und Begriffe klären sollen, von denen die Entscheidung aller Einzelfragen abhängig ist.

Da die Untersuchung sich zum Ziel gesetzt hat, die Zulässigkeit von Beschränkungen im Bereiche des Postverkehrs anhand der zuvor aufgezeigten verfassungsrechtlichen Schranken zu überprüfen, ist von jenen Untersuchungsmethoden abzuweichen, die aus Sorge, ein rechtsstaatliches Vakuum zu hinterlassen, der gegenwärtigen Vollzugspraxis meist die geltenden positiven Vollzugsvorschriften unkritisch zugrunde legten. Diese wurden dann durch die Annahme "immanenter Schranken", durch extensive Auslegungen der vorhandenen wenigen gesetzlichen Bestimmungen, Zweckmäßigkeitserwägungen, durch die Einräumung weiten Ermessensspielraums oder im Wege von Analogie- und Umkehrschlüssen zu rechtfertigen versucht.

Die von der Verfassung der Vollzugsverwaltung gezogenen Schranken und das sich aus dem Sozialstaatsprinzip ergebende Vollzugsziel der Sozialisation stellen aber Anforderungen, denen in der gegenwärtigen Lage wegen der zur Verfügung stehenden sachlichen und personellen Mittel allerdings nur in bedingtem Maße genüge getan werden kann, die jedoch einem Vollzugsgesetz zugrunde zu legen sind.

Auszugehen sein wird in der folgenden Untersuchung al-

lerdings auch von der gegenwärtigen Vollzugspraxis, wie sie in den Vollzugsordnungen und den sie im wesentlichen bestätigenden Entscheidungen der Strafsenate zum Ausdruck kommt. Die sich daran anschließende, auf Grund der derzeitigen Verhältnisse schon mögliche Kritik wird insbesondere daran anzusetzen haben, daß die von der Verfassung auch für den Strafvollzug geforderte Individualisierung, Differenzierung und Klassifizierung bisher kaum Berücksichtigung gefunden hat. Zur Behebung dieses Mangels ist aber der umfangreiche Bau moderner Vollzugsanstalten und die zahlenmäßige Erhöhung qualifizierten Personals notwendig, vor allem, wenn man bedenkt, daß in Schweden und Dänemark das Verhältnis von Häftlingen zu den Vollzugsbediensteten im Aufsichts- und Werkdienst 2 : 1, in den Niederlanden sogar 1,5 : 1 - in Deutschland dagegen durchschnittlich 6 : 1 ist! ¹⁾

Bei der Einzeluntersuchung erscheint es zweckmäßig, jeweils von den enger gefaßten Beschränkungen für den Untersuchungsgefangenen auszugehen, um dann zu prüfen, ob sich aus dem Gesichtspunkt einer rechtskräftigen Verurteilung für den Strafgefangenen Besonderheiten ergeben. Soweit es sachlich zu rechtfertigen ist, sollen einzelne Fragen ohne eine strikte Trennung behandelt werden. Zunächst bedarf es aber einer Klärung, auf welchen Bereich sich die Einzeluntersuchung bezieht. Dazu ist zu umreißen, was im weiteren unter dem Begriff "Postverkehr" zu verstehen ist.

I. Der Begriff des Postverkehrs

Da Aufgabe dieser Arbeit ist, die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Beschränkung des Postverkehrs aufzuzeigen, soll der Begriff des "Postverkehrs" in erster Linie auch aus dieser Sicht, d.h. vom verfassungsrechtlichen Schutz her, bestimmt werden. Den umfassendsten Schutz gewährt insofern das durch Art. 10 GG für unverletztlich erklärte

1) Vgl. DBB-Dokumente, Heft 2, S. 6 und 45 (Neuberger).

Briefgeheimnis, dessen Aufnahme in den Grundrechtskatalog sich aus den besonderen Gefahren ergibt, denen die Vertraulichkeit privater und geschäftlicher Kommunikation der einzelnen untereinander gegenüber der Intervention öffentlicher Gewalt ausgesetzt ist. ²⁾

Geschützt wird durch dieses höchstpersönliche Menschenrecht ³⁾ der durch das Kommunikationsmittel des "Briefes" stattfindende Verkehr des einzelnen gegen ein Eindringen der öffentlichen Gewalt in seinen Inhalt, soweit sich dieser Verkehr entweder überhaupt ohne Vermittlung der Post vollzieht oder sich -wie bei der Kontrolle im Gefängnis- noch oder wieder außerhalb des Anstaltsbetriebes der Post befindet. ⁴⁾

Aus seinem persönlichkeitsrechtlichen Schutzzweck, d.h. der Wahrung der Vertraulichkeit "brieflicher" Korrespondenz um der Intimität privaten Verkehrs willen, muß sich auch die Bestimmung des Begriffes "Brief" ergeben. Gegenüber dem strafrechtlich geschützten Briefgeheimnis des § 299 StGB, das "verschlossene Briefe" betrifft und dessen Schutzobjekt der sich in einem besonderen Verschuß einer Nachricht äußernde Verschußwille, nicht die Nachricht selbst ist, ⁵⁾ ist "Brief" im verfassungsrechtlichen Sinne jede den mündlichen Verkehr ersetzende Nachricht von Person zu Person, wobei unter "schriftlich"

2) Vgl. zur Geschichte und zu der hier nicht interessierenden Frage, ob das Briefgeheimnis des Art. 10 GG auch gegenüber Privatpersonen Wirkung hat, Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 1 ff., 17 ff. und auch Oehler, Grundrechte II, S. 609 f.

3) Badura, a.a.O., Rdnr. 25 f.

4) Badura, a.a.O., Rdnr. 28; Oehler, a.a.O., S. 608 und in: Ev. Staatslexikon, Sp. 1590. - Soweit sich "Briefe" im Bereich der Post befinden, entfaltet das Post-geheimnis des Art. 10 GG, das sich auch auf die Übermittlung selbst, auf die Person des Absenders und Empfängers bezieht, seine Schutzwirkung, Badura, a.a.O., Rdnr. 31 f.; Oehler, a.a.O., S. 606.

5) Jagusch, LK, § 299, Anm. 1; Maurach, BT, S. 169, 172.

jede praktisch in Betracht kommende Art der Fixierung einer Mitteilung jeglicher Art zu verstehen ist. Darunter fallen insofern nicht nur Briefe jeglichen Inhalts im Sinne des Postrechts, sondern auch Telegramme, Postkarten, geschäftliche Angebote in offenen Umschlägen oder unter Kreuzband, Drucksachen und Postwurfsendungen, nicht dagegen reine Buchsendungen, reine Pakete und Päckchen, Zeitungen und Zeitschriften, da diese weder Mitteilungen sind noch solche enthalten. ⁶⁾

Über diesen von Art. 10 GG erfaßten "Postverkehr" hinaus soll dem Sprachgebrauch gemäß unter "Postverkehr" aber auch die Zusendung von Büchern, Zeitschriften und Zeitungen verstanden werden, da insoweit die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Informationsfreiheit betroffen sein kann. Auch sollen die meist nur von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG erfaßten äußeren Bedingungen behandelt werden, unter denen der Postverkehr abgewickelt werden darf; allerdings nur, soweit sie einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Der Vollständigkeit halber werden aber auch *r e i n e* Paketsendungen miteinbezogen, auch wenn diese keinen besonderen grundrechtlichen Schutz verdienen sollten.

Unter "Postverkehr ist demnach der Bereich zu verstehen, in dem sich der Austausch von Postsendungen aller Art und jeglichen Inhalts von Person zu Person vollzieht.

II. Der Inhalt der Freiheitsentziehung

Hinsichtlich des *S t r a f* gefangenen sind Untersuchungsmethode und -ziel davon abhängig, was als *W e s e n* der Freiheitsstrafe anzusehen ist. Denn gehört die *U n t e r b i n d u n g* d e s *P o s t v e r -*

6) Badura, a.a.O., Rdnr. 29; v. Mangoldt-Klein, S.337; OLG Hamburg NJW 67, 1973; Oehler, a.a.O., S. 608, der allerdings eine irgendwie umschlossene Mitteilung fordert und deshalb Postkarten ausscheiden lassen will.

kehrs, d.h. dessen grundsätzliches Verbot und seine Gewährung nur in Ausnahmefällen oder als "Vergünstigung", zum Wesen, und damit zum generellen Inhalt der Strafe, so muß eine gesetzliche Regelung des Postverkehrs seinem materiellen Gehalt nach anders ausfallen, als wenn man eine Beschränkung nur in begründeten Einzelfällen -und damit nicht als Strafinhalt- für zulässig betrachtet.

Im folgenden ist deshalb unter Zugrundelegung der oben aufgezeigten verfassungsrechtlichen Schranken zu klären, ob eine Beschränkung des Postverkehrs zum Wesen der Freiheitsentziehung gehört und deshalb zum Strafinhalt gezählt werden kann.

1. Einsperrung und Absperrung

a.) Da das StGB keine Bestimmungen darüber enthält, welche Einschränkungen die Freiheitsstrafen des StGB über die Arbeitspflicht hinaus nach sich ziehen, und § 18 Abs. 2 nur von "einfacher Freiheitsentziehung" spricht, ist der engste Begriff der "Freiheitsentziehung" in unserer Rechtsordnung dem Begriff der Freiheitsstrafe zugrunde zu legen, nämlich der sich aus den Bestimmungen der Art. 104 Abs. 2 und 4 GG ergebende.

Diese beiden Absätze des Art. 104 GG befassen sich aber ebenso wie Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG allein mit der Bewegungsfreiheit des Menschen.⁷⁾ Daß Art. 104 GG nur die Bewegungsfreiheit des einzelnen betrifft, ergibt sich aus der dort getroffenen Wortwahl "festgehalten", "ergreifen", "in Gewahrsam halten", "Freilassung". Die Freiheitsentziehung nach dem StGB kann sich deshalb im Hinblick auf diese Verfassungsbestimmungen auch nur auf die Unterbindung der körperlichen Bewegungsfreiheit -die Einsperrung- beziehen, die in besonderen Räumlichkeiten, nämlich in Zuchthäusern, Gefängnissen, Arbeitshäusern usw. durchzuführen ist.

b.) Aus dieser Beschränkung der körperlichen Bewegungs-

7) Vgl. z.B. Maunz-Dürig, Art. 104, Rdnr. 5 ff. und insbesondere Spannagel, Diss., S. 93 m.Nachw.; vgl. auch schon oben S. 80 f.

freiheit an einem bestimmten, eng umgrenzten Ort wird auch heute noch überwiegend gefolgert, der Gefangene sei auch einer v o l l k o m m e n e n physischen wie psychischen Trennung von der Außenwelt -der A b - s p e r r u n g- unterworfen, da es zum Wesen der Freiheitsstrafe gehöre, daß weder etwas von der Außenwelt zu ihm, noch von ihm nach außen gelangen dürfe. ⁸⁾ Von dieser Grundlage aus wird dann auch der Brief- und Besuchsverkehr nur als eine "Vergünstigung" seitens der Verwaltung angesehen und -im Wege des argumentum a maiore ad minus- auch eine Beschränkung bzw. Überwachung des ausnahmsweise zugelassenen Verkehrs mit der Außenwelt gerechtfertigt. ⁹⁾ Insofern gilt das Briefgeheimnis (Art. 10 GG) für aufgehoben; und nur vereinzelt wird eine gesetzliche Grundlage ¹⁰⁾ oder eine Zustimmung des Gefangenen ¹¹⁾ für erforderlich gehalten.

2. Kritik am Absperrungsgedanken

Die These, die Absperrung gehöre zum W e s e n der Freiheitsstrafe, wäre jedoch nur dann richtig, wenn die Einsperrung des Gefangenen ohne die v ö l l i g e Unterbindung seiner Umweltsbeziehungen nicht durchführbar, d.h. wenn der Entzug der Bewegungsfreiheit bei einem unbeschränkten Postverkehr nicht möglich wäre. Das ist aber nicht der Fall. Das zeigen deutlich die zahlreichen Ausnahmen, wie Briefe an Angehörige, die sog. Sonderbriefe, die Verteidigerpost und Petitionen; und auch ein unbeschränkter Postverkehr ließe sich denken, ohne daß da-

8) So schon Kitzinger, GA 65 (1918), 195 ff., 209; Andrae, Strafvollzug, S. 76, 117; Espig, S. 32; Frosch, S. 20 f.; Basta, Anstaltsgewalt, S. 31 und für die heutige Rechtslage außer den in Fußn. 99 auf S. 119 Genannten noch Altenhain, JZ 66, 20.

9) Vgl. Nr. 62 DVollzO und schon Andrae, a.a.O., S. 117 f., 139 ff.; Frosch, S. 43; Bochmann, S. 88.

10) Schon Freudenthal, ZStW 32 (1911), 225 und neuerdings Bach, NJW 63, 1763 f.; Franz, NJW 65, 26.

11) Andrae, a.a.O., S. 141; Mittermaier, Gefängniskunde, S. 110.

durch die örtliche Sistierung des Gefangenen unmöglich würde. Eine Beschränkung des Postverkehrs mag zwar einer zweckmäßigen Ausgestaltung des Vollzuges entsprechen oder aus anderen Gesichtspunkten, wie dem Prinzip der Sicherheit und Ordnung in den Anstalten, gerechtfertigt sein. Aus dem reinen Begriff der Freiheitsentziehung läßt sie sich jedenfalls nicht herleiten, und bloße Zweckmäßigkeitserwägungen können eine solche z w i n g e n d e Abhängigkeit der Absperrung von der Einsperrung nicht begründen. ¹²⁾ Hinzu kommt, daß es gegen die M e n - s c h e n w ü r d e verstoßen würde, wollte man den Gefangenen generell oder für längere Zeit von dem Kontakt mit der Außenwelt abschneiden; vielmehr ergibt sich aus dem sowohl durch die Menschenwürde als auch durch den R e s o z i a l i s i e r u n g s gedanken begründeten Verbot, den Gefangenen über den Freiheitsentzug hinaus durch diesen nicht geforderte Beschränkungen aufzuerlegen, sogar eine Pflicht der Vollzugsbehörde, die für eine Resozialisierung wichtigen Umweltsbeziehungen nicht nur aufrechtzuerhalten, sondern gegebenenfalls sogar zu f ö r - d e r n. ¹³⁾ Ob dagegen aus dem Resozialisierungszweck möglicherweise auch eine B e s c h r ä n k u n g zu rechtfertigen ist, soll und kann erst im Rahmen der Einzelproblematik geprüft werden.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß eine Beschränkung des Postverkehrs n i c h t zum Inhalt der Strafe gezählt werden darf. Der Postverkehr ist deshalb grunds ä t z l i c h zuzulassen, und er kann angesichts des grundsätzlich zu schützenden Freiheitsinteresses des einzelnen nur dann vom Gesetzgeber eingeschränkt werden, wenn dafür zwingende verfassungsrechtliche Gründe angeführt werden können. Das bedeutet wiederum, daß Beschränkungen der beim Postverkehr in Anspruch genommenen Grundrechte echte Grundrechts e i n s c h r ä n k u n g e n darstellen, da es sich hierbei mangels zwingender Notwendigkeit aller Eingriffe grundsätzlich n i c h t um u n v e r - m e i d l i c h e N e b e n folgebeschränkungen der verfassungsrechtlich zulässigen Freiheitsentziehung handelt. ¹⁴⁾

12) Spannagel, S. 95 und Tiedemann, NJW 63, 1841.

13) Vgl. dazu oben S. 21 f., 61 f., 82, 119 m. Fußn. 100 und 140 f. und Baumann, MschrKrim 64, 75.

14) Vgl. insoweit die grundlegenden Ausführungen auf S. 52 ff. der Arbeit.

III. Die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt

Wenn hier von einem grundsätzlich zuzulassenden Postverkehr ausgegangen wird, so bedeutet das jedoch nicht, daß er nicht doch gewissen, eng umgrenzten Beschränkungen unterworfen wäre. Da insoweit eine Einschränkung im Einzelfall meist mit einer Gefährdung der "Sicherheit und Ordnung in der Anstalt" begründet wird, ist zweckmäßigerweise schon hier eine Begriffsklärung vorzunehmen.

Zulässigerweise können sich im Einzelfall Beschränkungen insbesondere aus dem Gesichtspunkt der **O r d n u n g** in der Anstalt ergeben, was für den Untersuchungsgefangenen in § 119 Abs. 3, 2. Alt. StPO ausdrücklich bestimmt worden ist. Denn wie jedes menschliche Zusammenleben bedarf auch die Strafanstalt als eine soziale Lebensgemeinschaft einer inneren, **m a t e r i e l l e n**, d.h. einer unter Umständen über den Inhalt der formellen Anstaltsordnungen hinausgehenden Ordnung¹⁵⁾ und bestimmter Verhaltensnormen, die die gleichberechtigten Interessen der beteiligten Personen in einem die jeweiligen Interessen beschränkenden und absichernden Entfaltungskreis auszugleichen haben. Dabei verdienen rechtlichen Schutz nur die für das Gemeinschaftsleben **n o t w e n d i g e n** und von der **s t a a t l i c h e n** Gemeinschaft als schutzwürdig anerkannten Verhaltensnormen, zu denen die zu zählen sind, die Handlungen verbieten, durch die die Rechte anderer Häftlinge verletzt oder gefährdet werden oder aus denen eine Störung des gedeihlichen Zusammenlebens der **A n s t a l t s i n s a s s e n** erwachsen kann.¹⁶⁾

Der komplexe Begriff "Ordnung" umfaßt aber auch die Vorkehrungen, die notwendig sind, um den geschlossenen Betrieb einer Anstalt **s a c h-** und **z e i t g e m ä ß**

15) OLG Köln MDR 53, 570; Dallinger, MDR 51, 122; Dünnebier, StPO, § 119, III, 3; Eb. Schmidt, StPO, § 119, Rdnr. 21.

16) Dazu zählen deshalb nicht Anstandsregeln und sonstige Lebensgewohnheiten, die den rechtlich irrelevanten Gepflogenheiten menschlicher Sitte entsprechen; vgl. hierzu und zum ganzen Spannagel, S. 114 ff. (116).

ablaufen zu lassen ¹⁷⁾ - was sich allerdings weitgehend nach Menge und Ausstattung der Zellen und sonstigen Räumlichkeiten, insbesondere aber nach Zahl und Güte des Aufsichtspersonals richtet. Diese tatsächlichen, die Ordnung bestimmenden Gegebenheiten vermögen jedoch nur in einem gewissen, nicht zu vermeidenden Umfange Grundrechtsbeschränkungen zu rechtfertigen. Denn mit Recht betont das BVerfG, ¹⁸⁾ "daß Grundrechte nicht nur nach Maßgabe dessen (bestehen), was an Verwaltungseinrichtungen üblicherweise vorhanden oder an Verwaltungsbrauch 'vorgegeben' ist", sondern daß durch die Grundrechtsausübung für die Vollzugsverwaltung entstehende "Lästigkeiten grundsätzlich hingenommen werden müssen".

Dieser zwar nur für die Untersuchungshaft ausgesprochene Grundsatz der Zurückdrängung fiskalischer Erwägungen muß jedoch wegen seiner Allgemeingültigkeit auch für den Bereich der Strafanstalten gelten. Seine Anwendbarkeit ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Grundrechtseinschränkungen nur dann zulässig erscheinen läßt, wenn nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen, nämlich die Aufwendung fiskalischer Mittel, der Zweck der Einsperrung und Resozialisierung erreicht werden kann. ¹⁹⁾ Der Begriff der "Ordnung" in der Anstalt hat sich deshalb an übergeordneten Gesichtspunkten, und nicht etwa an der "Gefängnisordnung" ²⁰⁾ oder der Verwaltungs-

17) Vgl. Grunau, UVollzO, S. 14 f. (Rdnr. 5); bedenklich dagegen Dünnebier, § 119, I, 1, die Ordnung im Gefängnis müsse mit beschränkten sachlichen Mitteln u. mit einem eben ausreichenden Personal aufrechterhalten werden.

18) NJW 63, 756; ebenso OLG Saarbrücken, JVB1 66, 143 1Sp.

19) Vgl. dazu schon oben S. 71 f. und insbesondere v. Münch, JZ 58, 76; Kieckebusch, ZfStrVo 63, 363; für die U-Haft: Evers, JZ 64, 429; H. Schmidt, SchlHA 64, 274.

20) Die Justizkommission des Reichstages hatte bewußt den Ausdruck "Gefängnisordnung" durch die Worte "Ordnung im Gefängnis" ersetzt, so daß nicht allein entscheidend sein kann, was in den Hausordnungen oder Gefängnisordnungen enthalten ist; Klee, GA 55 (1908), 258; vgl. auch OLG Köln MDR 53, 570.

bequemlichkeit auszurichten.

Der Begriff der "Ordnung" muß auch den der *S i c h e r -*
h e i t in der Anstalt implizieren, da ohne diese der
in der Anstalt zu vollziehende Freiheitsentzug nicht denk-
bar ist.²¹⁾ Deshalb können durch entsprechende Vorkeh-
rungen all die Handlungen unterbunden werden, die auf die
Aufhebung der ordnungsmäßigen Durchführung der Einsperrung
gerichtet sind (z.B. Fluchtversuche, Meutereien) oder bei
denen -unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrund-
satzes- im *k o n k r e t e n* Fall eine *e r n s t -*
h a f t e, nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit lie-
gende *G e f ä h r d u n g* der Sicherheit und Ordnung
zu befürchten ist.²²⁾ Wann das der Fall ist, wird für
den Postverkehr unten im einzelnen zu erörtern sein. Grund-
sätzlich muß hier unter Zugrundelegung des kriminalrecht-
lichen Vollzugszieles jedoch schon gesagt werden, daß eine
solche Gefährdung nur in -insgesamt gesehen- seltenen
Fällen, d.h. beim Postverkehr eines bestimmten Personen-
kreises, gegeben sein wird. Für die übrigen Gefangenen
kann sich deshalb aus diesem Gesichtspunkt ein Abwehrrecht
gegen "Übersicherung", d.h. ein Anspruch auf Einweisung in
eine Anstalt mit vertretbarer "Offenheit" ergeben.²³⁾

Der "Zweck" der "Sicherheit und Ordnung" vermag deshalb
zwar eine Beschränkung des Postverkehrs zu rechtfertigen,
hat jedoch grundsätzlich gegenüber den eigentlichen Voll-
zugszielen zurückzustehen.

IV. Der Zweck der Haft bei Untersuchungsgefangenen

Im wesentlichen Unterschied zur Strafhaft bestimmt § 119
Abs. 3, 1. Alt. StPO für den Untersuchungsgefangenen, daß

21) OLG Hamburg MDR 65, 1011; NJW 65, 2361; Kleinknecht,
JZ 53, 532.

22) BVerfG NJW 63, 756 1Sp; OLG Hamm MDR 68, 515; Tiede-
mann, NJW 63, 1842; Löffler, NJW 64, 1104; Schorn,
JR 67, 450; Kreuzer, NJW 67, 2369 f.; GA 1968, 243;
falsch deshalb, wenn vom Einzelfall abstrahiert wird
(OLG Hamburg NJW 67, 1973) oder eine *m i t t e l -*
b a r e Gefährdung für ausreichend angesehen wird
(so Kleinknecht, JZ 53, 533; 61, 266; OLG Bremen MDR
56, 246).

23) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 72.

dem Verhafteten nur solche Beschränkungen auferlegt werden dürfen, die der "Zweck der Untersuchungshaft" erfordert.²⁴⁾ Wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung für manche Einzelbeschränkungen ist auch für diesen Einschränkungsgrund eine Begriffsklärung voranzustellen.

Unter dem "Zweck der Untersuchungshaft" ist richtigerweise der konkrete Haftanlaß (§ 112 StPO) zu verstehen.²⁵⁾ Hieraus jedoch folgern zu wollen, eine Beschränkung des Postverkehrs dürfe nur dann vorgenommen werden, wenn das Gericht den Haftbefehl wegen Verdunklungsgefahr verhängt hat,²⁶⁾ erscheint allerdings unzutreffend. Dagegen spricht einerseits, daß der Postverkehr auch dazu benutzt werden kann, Unterstützung von außen für ein widerrechtliches Entkommen aus der Haft zu erlangen -was deshalb auch als ein Verstoß gegen die Ordnung anzusehen wäre-, und andererseits, daß sich bei einer solchen Kontrolle auch herausstellen kann, daß der Verhaftete mit seinem Brief die Wahrheitsermittlung zu gefährden oder den Sachverhalt zu verdunkeln beabsichtigt. Für solche Beanstandungen kommt es deshalb auf denjenigen gesetzlichen Haftzweck an, dessen tatsächliche Voraussetzungen nach den Umständen des Einzelfalls in dem Zeitpunkt gegeben sind, in dem über die Beschränkung zu entscheiden ist, ohne daß dieser Haftgrund zum Inhalt des Haftbefehls gemacht werden müßte.²⁷⁾ Entscheidend ist vielmehr nur, ob er sachlich gegeben ist.²⁸⁾

24) Vgl. dazu ausführlicher schon oben S. 83 ff.

25) Lobe-Alsberg, § 116, I, 1; Dünnebier, StPO, § 119, III, 2; Schorn, JR 67, 450.

26) Lobe-Alsberg, a.a.O.; Klee, GA 55 (1908), 278 f.

27) OLG Bremen, NJW 62, 649; OLG Hamburg NJW 67, 1973; Dallinger, MDR 51, 121; Dünnebier, § 119, III, 2; Schorn, JR 67, 450; Grunau, UVollzO, S. 14 (Rdnr. 3), 73 (Rdnr. 3); Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 20; H. Schmidt, SchlHA 64, 275.

28) RGSt 56, 86.

Als Grundsatz bleibt deshalb festzustellen, daß eine Überwachung des Postverkehrs aus dem Gesichtspunkt des "Zweckes der Untersuchungshaft" nur dann zulässig ist, wenn vor der Kontrolle konkrete Anhaltspunkte befürchten lassen, der Inhalt der Postsendung sei geeignet, die Wahrheitsermittlung zu gefährden, den Sachverhalt zu verdunkeln oder eine Flucht vorzubereiten. ²⁹⁾

B. Die zulässigen Beschränkungen

I. Der Personenkreis

1. Untersuchungshaft

Abgesehen von der in § 114 b Abs. 2 StPO aufgeführten Ausnahme, daß durch die Mitteilung der Verhaftung an Angehörige oder eine Person seines Vertrauens der Zweck der Untersuchungshaft gefährdet werden kann, unterliegt der Briefverkehr hinsichtlich des Personenkreises keinerlei Beschränkungen. ³⁰⁾ Mit Recht hat deshalb das OLG Hamburg ³¹⁾ das Verbot, an eine Minderjährige entgegen dem Willen der Eltern zu schreiben, als von § 119 Abs. 3 StPO nicht gedeckt erklärt.

2. Strafhaft

Tiefgreifenden Einschränkungen unterliegt dagegen nach der gegenwärtigen Praxis der Personenkreis, mit dem der Strafgefangene korrespondieren darf. Ausgehend von der These, daß auch ein geistiger Kontakt mit der Außenwelt auf Grund der mit der Strafe notwendigerweise verbundenen "Absperrung" grundsätzlich zu untersagen sei, bestimmt der Anstaltsleiter, mit wem der Gefangene Schriftverkehr haben darf (Nr. 147 Abs. 1 DVollzO). So darf der Gefangene nur mit Personen verkehren, wenn ein berechtigtes Interesse vorliegt oder wenn zu erwarten ist, daß der Ver-

29) Vgl. OLG Hamburg MDR 66, 168; OLG Oldenburg, Beschl. v. 29.4.65 - 3 Ws 73/65 -, abgedruckt in OLGSt zu § 119 StPO.

30) So ausdrücklich Arndt, NJW 64, 855.

31) JR 65, 110.

kehr den Gefangenen günstig beeinflussen oder sein späteres Fortkommen fördern wird (Nr. 139 Abs. 3, 147 Abs. 3). Gefangene oder Verwahrte anderer Anstalten, Mitverurteilte und Strafentlassene, wenn sie nicht Angehörige sind, Dirnen oder Zuhälter, auch wenn sie angeblich Verlobte sind (Nr. 139 Abs. 4, 147 Abs. 3), und sogar Angehörige, durch deren Korrespondenz eine Gefährdung der Sicherheit oder eine Störung der Ordnung der Anstalt oder ein für den Gefangenen schädlicher Einfluß befürchtet wird (Nr. 147 Abs. 2), dürfen -von begründeten Ausnahmefällen abgesehen- nicht im Schriftverkehr mit dem Gefangenen stehen.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hat diese Regelung im wesentlichen bestätigt. ³²⁾

Eine solche, vom -hier abgelehnten- Absperrungsgedanken getragene weitgehende Beschränkung erscheint jedoch -abgesehen von dem Grund der fehlenden Ermächtigungsgrundlage- schon heute z.T. als verfassungswidrig und muß bei Zugrundelegung des Vollzugszweckes der Resozialisierung als nicht mehr haltbar angesehen werden.

Für verfassungswidrig erklärt werden muß, daß gem. Nr. 147 Abs. 2 DVollzO der Schriftverkehr mit Angehörigen versagt werden darf. Abgesehen davon, daß diese Regelung gegen den Resozialisierungsgedanken, der eine Aufrechterhaltung, ja sogar eine Förderung der Umweltsbeziehungen, insbesondere zu A n g e h ö r i g e n, gebietet, verstoßen wird, läßt diese Bestimmung zu, daß aus nicht näher bezeichneten Ordnungsgesichtspunkten die Erlaubnis zur Aufnahme der Be-

32) OLG Hamburg, v. 17.9.65 - VAs 53/65 u. OLG Bremen JVBl 64, 122 (Versagung der Aufgabe einer Heiratsanzeige); OLG Schleswig, v. 10.2.61 - 1 VAs 1/60 (Verkehr mit Gefangenen und mit Zuhältern oder Dirnen); OLG Hamburg, v. 9.4.65 - VAs 22/64 (Wahl der Briefpartner); OLG Nürnberg, v. 31.3.65 - VAs 9 u. 1/64 (Briefpartnerin auf Zeitungsinserat); OLG Saarbrücken JVBl 66, 143 (Vertreter der Mormonenkirche); OLG Koblenz, v. 17.5.66 - 1 VAs 2/66 (verheirateter Gefangener an eine andere Frau); OLG Hamburg - VAs 43/61, VD 62 Nr. 3, S. 16 (Prostituierte, die Verlobte ist); insgesamt zustimmend Altenhain, JVBl 66, 268.

ziehungen zur Familie versagt werden darf. Denn obwohl in Grundrechte nur dann eingegriffen werden darf, wenn durch deren Ausübung eine konkrete, nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegende ernste Gefährdung schutzwürdiger Güter entsteht, wird hier dennoch erlaubt, von v o r n h e r e i n, ohne daß eine solche Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung in der Anstalt schon vorgelegen haben müßte (vgl. den Wortlaut "befürchtet w i r d"), den Schriftverkehr insgesamt zu versagen. Darüber hinaus stellt es einen verfassungswidrigen Eingriff in die durch Art. 6 GG in besonderer Weise geschützten und unter keinem Gesetzesvorbehalt stehenden familiären Bindungen dar, wenn die Aufnahme der ohnehin durch die Einsperrung erschwerten Bindungen überhaupt von einer Erlaubnis abhängig gemacht wird und wenn diese Beziehungen völlig unterbrochen werden dürfen.³³⁾ Ebenso unzulässig ist es deshalb, den Schriftverkehr dann zu verbieten, wenn von Angehörigen ein schädlicher Einfluß befürchtet wird. Auch erzieherische Gründe geben kein Recht, den Gedankenaustausch zwischen Menschen zu unterbinden, die einander am nächsten stehen. An Art. 6 GG findet jeder Vollzugszweck seine Grenze, die dem Staat sich anzumaßen verbietet, Menschen "nach seinem Willen" formen zu wollen.³⁴⁾

Der Schriftverkehr mit Angehörigen darf deshalb keinen Einschränkungen unterliegen.

Soweit der private Schriftverkehr mit a n d e r e n P e r s o n e n als den Angehörigen generell untersagt wird und nur in begründeten Einzelfällen erlaubt werden darf (vgl. Nr. 147 Abs. 1, Abs. 3 DVollzO), erscheint dieses r e p r e s s i v e Verbot³⁵⁾ der Kontaktaufnahme mit Ablehnung des Absperrungsgedankens grundsätzlich nicht mehr haltbar. Auf Grund des Vollzugszieles der

33) Ob im Einzelfall ein Brief aus den in Nr.147 Abs.2 DVollzO genannten Gründen angehalten werden darf, ist eine andere, unten noch zu behandelnde Frage.

34) Bieler, Tagungsberichte III, S.81 f.

35) Sog. Prinzip des "Verbots mit Erlaubnisvorbehalt", vgl. dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, S.281.

Resozialisierung, die im Rahmen des Freiheitsentzuges bisher übliche, aber nicht zwingend notwendige und als schädlich erkannte völlige Unterbrechung der Umweltsbeziehungen nicht nur zu beseitigen, sondern gegebenenfalls vorhandene Kontakte sogar zu fördern, muß dem Gefangenen die generelle Möglichkeit eingeräumt werden, Eigeninitiative zu entwickeln und seine Meinung frei, d.h. auch nach außen hin, zu äußern. Ein generelles Verbot mißachtet deshalb die Resozialisierungsidee und greift unter Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in übermäßiger Weise in das von Art. 5 GG gewährleistete Recht auf freie Meinungsäußerung ein. ³⁶⁾

Der Briefverkehr unterliegt deshalb hinsichtlich des Personenkreises grundsätzlich keinen Beschränkungen. Sollte sich dennoch durch die Korrespondenz mit einem Nicht-Angehörigen eine konkrete Gefährdung des Resozialisierungszweckes ergeben, so könnte ein Verbot abgesehen von dem wohl seltenen Fall, daß von dem Nichtinhaftierten eine permanente, konkrete Gefahr für die Ordnung, insbesondere die Sicherheit in der Anstalt ausgeht nur aus diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt werden. Ob allerdings von vornherein gewisse Personengruppen wegen der von ihnen ausgehenden potentiellen Gefährdung des Vollzugszweckes ausgenommen werden sollten, erscheint sehr fraglich. Eine solche Regelung würde nämlich wiederum auf eine abstrakte, von der konkreten Person losgelöste Gefährdung abstellen und darüber hinaus kaum zweckmäßig sein, da nur in den wenigsten Fällen vom bloßen Namen auf die Zugehörigkeit zu einem solchen Personenkreis geschlossen werden kann. ³⁷⁾ Ob Gefangene oder Verwahrte anderer Anstalten oder Mitverurteilte und Strafentlassene ebenfalls ausgeschlossen sein sollten, läßt

36) So v. Münch, Diss., S. 78 f. und auch in JZ 58, 74; Kieckebusch, ZfStrVo 63, 362 f.; Baumann, MschrKrim 64, 75; Spannagel, S. 103 f. - A.A. allerdings v. Mangoldt-Klein, S. 249, der Art. 5 GG durch den Strafvollzug für völlig eingeschränkt ansieht.

37) Bieler, Tagungsberichte III, S. 82, hält das in Nr. 139 Abs. 4 DVollzO ausgesprochene Unwerturteil über Dirnen und Zuhälter, auch wenn sie Verlobte sein sollten, sogar für überholt und unzeitgemäß. - Für die Beibehaltung dieser Regelung dagegen z.B. Spannagel, S. 99 f.; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 163; Altenhain, JVB1 66, 268; JZ 66, 20.

sich wiederum in dieser Generalität nicht sagen. Allein die Tatsache, daß es sich um Gefangene oder ehemals Inhaftierte handelt, bietet zumindest keinen zwingenden Ausschlußgrund, da ein Beweis, daß von dem Kontakt mit diesem Personenkreis eine größere Gefahr als von den Mitgefangenen ausgeht, wohl kaum angetreten werden kann.

Rechtlich haltbarer und zweckmäßiger erscheinen würde es deshalb, den Personenkreis, mit dem der Strafgefangene korrespondieren darf, dadurch zu umreißen, daß eine Untersagung des Schriftwechsels nur dann ausgesprochen werden darf, wenn k o n k r e t e Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß durch den Briefverkehr mit einer bestimmten Person ein schädlicher Einfluß zu befürchten ist.

II. Schreiberlaubnis und Briefempfang

1. Untersuchungshaft

a.) Da dem U-Gefangenen nur die sich aus § 119 Abs. 3 StPO ergebenden Beschränkungen auferlegt werden dürfen, darf er grundsätzlich unbeschränkt B r i e f e schreiben und a b s e n d e n . 38)

aa.) Wenn dann im Gegensatz hierzu Nr. 28 Abs. 1 UVollzO bestimmt, "daß der Richter für einen bestimmten Untersuchungsgefangenen oder allgemein das Absenden von Briefen z e i t l i c h wie auch dem U m f a n g e nach" bis auf "mindestens jede Woche einen zweiseitigen Brief im Format DIN A 4" beschränken kann, nachdem der Briefverkehr einen solchen Umfang angenommen hat, "daß dadurch die Überwachung oder die Ordnung in der Anstalt gefährdet werden", so sind gegen diese Beschränkung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) in mehrfacher Hinsicht durchgreifende Bedenken zu erheben.

38) So schon Wagner, JW 28, 2964.

Zweifel an der Zulässigkeit dieser Regelung ergeben sich nämlich schon daraus, daß selbst bei Ausnutzung des von der UVollzO zugelassenen Umfangs der Schreiberlaubnis so gut wie keine Fälle eintreten werden, in denen tatsächlich eine ernsthafte Gefährdung der Überwachung der Post oder der Ordnung in der Anstalt durch den Umfang des Postverkehr eines e i n z e l n e n Gefangenen entsteht. 39) Zu einer solchen Gefährdung käme es nämlich nur, wenn der einzelne Richter bei der Kontrolle durch eine solche Anzahl von Briefen belastet würde, daß er sie im Rahmen seiner Dienstgeschäfte unter den Gesichtspunkten des § 119 Abs. 3 StPO nicht mehr zuverlässig durchzuführen in der Lage wäre. Bedenkt man vor allem, daß -wie noch zu zeigen sein wird- gewisse, in ihrer Anzahl nicht unbeträchtlich, Briefe sogar gänzlich von der Kontrolle ausgenommen werden können und gegebenenfalls sogar müssen, und daß, wie es das BVerfG ausgesprochen hat, 40) "Lästigkeiten" bei der Kontrolle grundsätzlich in Kauf zu nehmen sind und eine genügende Anzahl von Kontrollorganen bereitzustellen ist, die für die grundsätzliche Freiheit des Briefverkehrs Sorge zu tragen haben, dann wird eine durch den Umfang der Korrespondenz eintretende Gefährdung ausgeschlossen sein. 41)

Jedenfalls wäre es unzulässig und wegen der Schwierigkeit, die Maßnahmen der in großer Anzahl bei der Kontrolle beteiligten Richter koordinieren zu können, auch unpraktikabel, den Briefverkehr a l l g e m e i n,

39) Dünnebier, § 119, III, 5; H.Schmidt, SchlHA 64, 275.

40) NJW 63, 756.

41) Baumann, DRiZ 59, 380, der keinerlei umfangmäßige Beschränkungen für zulässig ansieht. - H. Schmidt, SchlHA 64, 275 f. warnt auch vor einer Überbewertung der praktischen Wirkung der Kontrolle: Da ein U-Gefangener wohl kaum um geeignetes Ausbruchswerkzeug bitten werde, eine Verdunklungshandlung oft nur schwer festzustellen sei und noch hinzukommt, daß der Haftrichter über die weiteren Ermittlungen gewöhnlich nicht unterrichtet sei und nach Eröffnung der Hauptverhandlung z.B. ein vertretungsweise tätiger Richter den vollen Umfang der bisherigen Ermittlungen nicht kennen könne, seien einer wirksamen Kontrolle natürliche Grenzen gesetzt.

d.h. für alle Gefangenen einer Anstalt, einzuschränken. Denn sollte ein Gefangener tatsächlich einen die Kontrolle ernstlich gefährdenden Briefverkehr führen, so könnte allenfalls d i e s e m Gefangenen eine Einschränkung auferlegt werden,⁴²⁾ und zwar erst nach vorheriger Warnung.⁴³⁾ Das folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und aus dem Anspruch des Gefangenen, vor einer durch den Richter auszusprechenden Beschränkung gehört zu werden (vgl. Art. 103 GG). Zum Zwecke einer ungehinderten Rechtsverteidigung und der Wahrnehmung wichtiger persönlicher Angelegenheiten sind auch entgegen der Regelung in Nr. 28 Abs. 3 UVollzO sog. Sonderbriefe ebenso unbeschränkt⁴⁴⁾ zulässig wie die an Angehörige gerichteten Briefe, da letztere dem besonderen Schutz des Art. 6 GG unterliegen. Reine Ordnungsgesichtspunkte haben in diesen Fällen gegenüber der verfassungsrechtlich gesicherten Rechtsposition des U-Gefangenen zurückzustehen.

Als wesentlich zu eng erweist sich dann auch die ebenfalls in Nr. 28 Abs. 1 UVollzO getroffene Bestimmung, daß i m B e s c h r ä n k u n g s f a l l mindestens jede Woche ein zweiseitiger Brief im Format DIN A 4 abgesandt werden darf.⁴⁵⁾ Gänzlich unzulässig ist es sogar, wenn die Erlaubnis generell so gefaßt wird⁴⁶⁾ oder wenn der den ersten Briefen beigefügte Briefmerkzettel den Hinweis enthält,⁴⁷⁾ der Untersuchungsgefangene dürfe jede

42) H. Schmidt, SchlHA 64, 275; v. Engelbrechten, DRiZ 59, 238; Baumann, DRiZ 59, 379 f.; Grunau, UVollzO, S. 67; Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 25.

43) KG JR 68, 309.

44) OLG Bremen MDR 60, 603.

45) Wie das Minimum zu setzen ist, kann allerdings verfassungsrechtlich nicht zwingend beantwortet werden, sollte jedoch bei mindestens 2 zweiseitigen Briefen DIN A 4 wöchentlich liegen; vgl. dazu OLG Frankfurt MDR 65, 1011 f. (4 Briefe) und KG JR 67, 429 f. (2 Briefe bei einem Vielschreiber in Staatsschutzsachen).

46) H. Schmidt, a.a.O. unter Hinweis auf die bei v. Engelbrechten, DRiZ 59, 239, geschilderte Praxis; ebenso Grunau, DRiZ 60, 396.

47) Abgedruckt bei Grunau, UVollzO, S. 70 f.; vgl. Nr. 29 Abs. 3 UVollzO.

Woche einen Brief schreiben. Hierdurch wird nämlich der Anschein erweckt, darüber hinaus sei kein Briefverkehr zulässig.⁴⁸⁾

bb.) Entsprechend der dem Untersuchungsgefangenen grundsätzlich einzuräumenden Freiheit des Postverkehrs darf dem Gefangenen die Verwendung eigenen **S c h r e i b - m a t e r i a l s** nur dann verwehrt werden, wenn ernstlich zu besorgen ist, daß es entgegen den Haftzwecken oder wider die Ordnung in der Anstalt verwendet werden kann. Gegen die mit diesem Grundsatz in Einklang stehende Regelung in Nr. 29 Abs. 1 UVollzO bestehen deshalb keine Bedenken.

Faktisch und in rechtlich zulässiger Weise eingeschränkt ist die grundsätzlich freie Schreibbefugnis dann, wenn der Gefangene nicht über Geld für Schreibmaterial und Porto verfügt. Insofern ist dem in Abs. 2 aufgestellten Grundsatz, daß für bestimmte Briefe staatliche Mittel zur Verfügung gestellt und auf eine spätere Arbeitsbelohnung zurückgegriffen werden kann, mit der Einschränkung zuzustimmen, daß zu den dort genannten Fällen auch Petitionen zu zählen sind und in dringenden Fällen (z.B. Rechtsverteidigung) die Schreibfrist verkürzt werden und eine Verpflichtung bestehen sollte, zusätzliche öffentliche Gelder zu bewilligen. Ein Rückgriff auf die spätere Arbeitsbelohnung sollte nur in Ausnahmefällen möglich sein.

Gemessen an obigem Grundsatz erscheint es in der Tat "überängstlich und kleinlich",⁴⁹⁾ wenn das OLG Oldenburg⁵⁰⁾ die Verweigerung der Aushändigung von Kugelschreiberminen mit der Begründung gebilligt hat, daß "in der Hülle kleine Gegenstände oder Flüssigkeiten verborgen sein können (!), deren Besitz dem Gefangenen im Interesse des Haftzweckes nicht gestattet sein kann"; die bloße Möglichkeit einer Gefährdung reiche jedenfalls aus, da eine Untersuchung in der Haftanstalt undurchführbar sei.

48) Grunau, UVollzO, S. 67.

49) So Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 25 und H. Schmidt, SchlHA 64, 278 FuBn. 65.

50) NJW 64, 215.

Dieses Abstellen auf eine a b s t r a k t e . Gefahr zeigt sich dann ganz besonders deutlich bei der Beantwortung der umstrittenen Frage, ob dem Gefangenen zur Erledigung seiner Korrespondenz seine eigene S c h r e i b m a s c h i n e auszuhändigen ist. Bei der Lösung dieses Problems kommt es nicht darauf an, ob die Aushändigung eine "Vergünstigung" i.S. des § 119 Abs. 4 StPO ⁵¹⁾ ist oder ob die Versagung der Erlaubnis als eine Beschränkung i.S. von § 119 Abs. 3 StPO anzusehen ist; ⁵²⁾ denn jedenfalls kann grundsätzlich nicht gesagt werden, die Verwendung einer Schreibmaschine verstoße gegen den Zweck der Untersuchungshaft und (oder) störe die Ordnung in der Anstalt. Es wird weder die Gefahr der Herstellung von Kassetten erhöht, ⁵³⁾ noch erscheint von vornherein die ohnehin entfernte Gefahr der Entstehung einer Haftuntauglichkeit durch übermäßiges Schreiben ein Grund, die Aushändigung zu versagen. ⁵⁴⁾ Vielmehr wird durch die Verwendung einer Schreibmaschine, wie das OLG Hamburg ⁵⁵⁾ zutreffend betont, die Briefzensur erleichtert. Auch wird durch eine Steigerung der Korrespondenz eine Kontrolle generell nicht gefährdet, vor allem dann nicht, wenn z.B. für Behördenbriefe eine Zensur von § 119 Abs. 3 StPO nicht geboten erscheinen sollte. ⁵⁶⁾

Zu eng und von § 119 Abs. 3 StPO nicht gedeckt ist deshalb die Entscheidung des OLG Köln, ⁵⁷⁾ die die Benutzung einer Schreibmaschine auf die Fälle beschränken will, in denen "die Versagung schwerwiegende Nachteile

51) So Grunau, UVollzO, S. 69.

52) Vgl. Dünnebier, § 119, IV, 1 und OLG Hamburg MDR 65, 1011.

53) OLG Schleswig SchlHA 64, 236; OLG Hamburg MDR 65, 1011.

54) Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 25 zu KG JR 58, 470.

55) MDR 65, 1011; ebenso H. Schmidt, SchlHA 64, 277.

56) Siehe dazu unten S.192 ff. Insofern entfielen auch die von Grunau, UVollzO, S. 69 geäußerten Bedenken.

57) MDR 53, 570.

bringen kann. Wenn dann nach dieser Entscheidung solche Nachteile nicht bei der Verweigerung der Erledigung des maschinenschriftlichen Verkehrs mit dem Verteidiger entstehen sollen, so ist dem keinesfalls zuzustimmen. Da gerade der Verkehr mit dem Verteidiger gem. § 148 StPO u n b e s c h r ä n k t ist, muß, wie das OLG Schleswig ⁵⁸⁾ richtig erkannt hat, in der Versagung des Aushändigungs-gesuches sogar eine Behinderung gesehen werden.

Richtigerweise kann allein der Gesichtspunkt, daß durch die mit dem Schreiben verbundenen Geräusche die Ruhe der Mitgefangenen (= Ordnung in der Anstalt) gestört wird, eine Beschränkung von v o r n h e r e i n auf gewisse Zeiträume rechtfertigen. ⁵⁹⁾ Der wiederholt geäußerten Befürchtung, der Gefangene werde mit Hilfe der Schreibmaschine schriftstellerisch tätig werden oder sonst übermäßig viel schreiben, ⁶⁰⁾ darf abgesehen davon, daß diese Gründe zu einer Beschränkung allein nicht ausreichen würden, durch eine Versagung der Schreiberlaubnis nicht vorgebeugt werden; vielmehr muß über die Frage, ob durch die Verwendung einer Schreibmaschine und des dadurch bedingten größeren Umfangs der Briefe eine Gefährdung der Überwachung zu befürchten ist, gesondert für den Zeitpunkt der aktuellen Gefährdung, d.h. im Zeitpunkt der gewünschten Versendung, erneut entschieden werden. ⁶¹⁾

b.) Was den B r i e f e m p f a n g an betrifft, so darf dieser, wie schon jetzt Nr. 30 Abs. 1 UVollzO im Grundsatz bestimmt, keinen Beschränkungen unterworfen werden.

Eine Einschränkung in Form der Annahmeverweigerung oder einstweiligen Vorenthaltung durch die Vollzugsverwaltung,

58) SchlHA 64, 236; kritisch auch Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 25 und H. Schmidt, SchlHA 64, 277.

59) Eb. Schmidt, a.a.O.; OLG Hamburg MDR 65, 1011; OLG Schleswig SchlHA 64, 236.

60) So z.B. Grunau, UVollzO, S. 69.

61) OLG Hamburg MDR 65, 1011.

wie sie Nr. 30 Abs. 2 und 3 UVollzO wegen Gefährdung der Überwachung oder Ordnung in der Anstalt vorsieht, erscheint allerdings unzulässig. Abgesehen davon, daß auch bei eingehenden Briefen kaum eine solche Gefährdung entstehen wird, verbietet sich eine solche Beschränkung des Briefempfangs auch aus dem Gesichtspunkt, daß die Anzahl der eingehenden Briefe der Einwirkung des Untersuchungsgefangenen weitgehend entzogen ist und daß nur i h m, nicht auch dritten Personen Beschränkungen auferlegt werden dürfen.⁶²⁾ Eine andere, unten noch zu behandelnde Frage ist dann allerdings, ob im Einzelfall ein Brief wegen seines Inhalts nicht ausgehändigt werden darf. Bei einer eventuellen, aus postrechtlichen wie strafprozessualen Gründen kaum zu rechtfertigenden A n n a h m e verweigerung ordnungsgemäß an den Gefangenen adressierter Briefsendungen ohne Anhörung des Gefangenen und des unbeteiligten Absenders würde die Vollzugsverwaltung zudem gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen. Das ergibt sich daraus, daß dieser sich als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips und der Menschenwürde darstellende Grundsatz auch im Verwaltungsverfahren gilt und demnach auch die Vollzugsverwaltung bei ihren Maßnahmen absolut bindet.⁶³⁾ Zudem kann infolge einer Annahmeverweigerung auch eine unter Umständen von außen nicht erkennbare wichtige Nachricht nicht oder nach erneuter Zusendung eventuell zu spät ausgehändigt werden.

Ebenso von § 119 Abs. 3 StPO nicht gedeckt wird deshalb die Bestimmung, daß gem. Nr. 30 Abs. 3 S. 2 UVollzO "überzählige Briefe" auf Kosten des Gefangenen an den Absender zurückgesandt oder bis zur Aushändigung bei der Entlassung aufbewahrt werden sollen. Darüber hinaus erweist sich diese Bestimmung dadurch auch als unprak-

62) OLG Frankfurt MDR 65, 1012; Dünnebie, § 119, III, 5.

63) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 103 Abs. 1, Rdnr. 92 m. zahlr. Nachweisen in Fußn. 3; speziell für die hier behandelte Problematik: Franz, NJW 65, 856 und Grunau, UVollzO, S. 72.

tikabel, daß Wünsche des Gefangenen möglichst zu berücksichtigen sind (Nr. 30 Abs. 3 S. 3 a.E.). Denn dessen Wünsche werden häufig auf Aushändigung gerichtet sein und an Stelle der ersparten richterlichen Briefüberwachung eine durch die Antragstellung bedingte, zumindest gleich große, wenn nicht sogar stärkere Mehrbelastung des Richters zur Folge haben. ⁶⁴⁾

Der Untersuchungsgefangene sollte deshalb unbeschränkt Briefe empfangen dürfen.

2. Strafhaft

a.) Ausgehend davon, daß auch die psychische Absperrung zum Strafinhalt gehört, faßt die DVollzO folgerichtig die Schreiberlaubnis grundsätzlich als eine Vergünstigung auf. Der Strafgefangene hat deshalb -abgesehen von den Fällen der Sonderbriefe gem. Nr. 149 Abs. 1 und der Sollvorschrift der Nr. 149 Abs. 2- gewisse Schreibenthaltungsfristen zu wahren (Nr. 148); er ist in allen Fällen auf kontingentiertes, jeweils von der Anstalt zur Verfügung gestelltes Schreibmaterial angewiesen (Nr. 151 Abs. 3). Besitz von Schreibgerät, Verwendung eigenen Papiers und erweiterte Schreiberlaubnis werden auch nur im Wege der Vergünstigung gem. Nr. 62 Abs. 2 eingeräumt. Gem. Nr. 182 Abs. 1 Ziff. 4 ist im Wege der Disziplinarmaßnahme sogar die Unterbindung des Verkehrs mit der Außenwelt bis auf eine Dauer von drei Monaten für zulässig erklärt.

Mit der Ablehnung des Absperrungs- und unter Zugrundelegung des Resozialisierungsgedankens erscheint diese von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ⁶⁵⁾ im wesentlichen gebilligte Praxis allerdings in diesem Um-

64) Grunau, UVollzO, S. 72.

65) OLG Hamburg, v. 15.8.61 - VAs 24/61 (Häufigkeit); OLG Nürnberg JVBl 62, 258 (Kontingentierung von Schreibpapier); OLG Bremen JVBl 62, 213 (Anzahl); OLG Hamburg, v. 16.9.65 - VAs 3/65 (Anzahl und Freizeit); OLG München, v. 21.5.64 - VAs 8 u. 10/63 (Sonderbriefe); OLG Schleswig, v. 11.10.63 - VAs 14/63 (Papier für Abschriften); zustimmend Holl, ZfStrVo 64, 148 f.

fang nicht mehr haltbar und rechtlich zulässig. Da grundsätzlich ein Anspruch des Gefangenen auf Kontaktaufnahme mit der Außenwelt besteht, muß es Aufgabe des Staates und seiner Organe sein, eine Rechtfertigung für Absperungsmaßnahmen nachzuweisen.

Dieser Nachweis wird jedoch nur in sehr beschränktem Maße zu führen sein. Keinesfalls können wie bisher fiskalische Erwägungen eine Rechtfertigung abgeben, denn der verfassungsrechtliche Status darf nicht zugunsten von Sicherheit und Ordnung der Anstalt deshalb verkürzt werden, weil es an personellen und sachlichen Mitteln fehlt.

b.) Dem Gefangenen darf deshalb aus Ordnungsgesichtspunkten grundsätzlich nicht verwehrt werden, eigenes Schreibmaterial zu verwenden. Er muß folglich auch die Möglichkeit haben, sich mittels Kohlepapier Durchschläge wichtiger Briefe anzufertigen. 66)

Besitzt der Gefangene eigenes Schreibmaterial oder hat er die dazu notwendigen eigenen finanziellen Mittel, so dürfen seinem Briefverkehr Beschränkungen weder zeitlicher -abgesehen davon, daß zum Schreiben grundsätzlich die Freizeit zu benutzen ist (Nr. 151 Abs. 1)- noch umfangmäßiger Art auferlegt werden.

Einziger Gesichtspunkt, der den Umfang der Schreiberlaubnis in zulässiger Weise zu beschränken in der Lage wäre, ist, daß der Gefangene über keine Gelder für Schreibmaterial und Porto verfügt. Insoweit könnte grundsätzlich die gegenwärtige Regelung der DVollzO übernommen werden. Folgende wichtige Ausnahmen sollten jedoch mit in eine künftige Regelung aufgenommen werden: Abgesehen von den jetzt schon in Nr. 149 Abs. 1 S. 1 und 2 aufgeführten Fällen und dem Schriftverkehr

66) A.A. jedoch das OLG Schleswig, v. 29.11.65 - 2 VAS 10/65 (bei Kühling, ZfStrVo 67, 301), das die Verweigerung der Aushändigung mit der überängstlichen Begründung bestätigt hat, daß durch die Verwendung von Kohlepapier Nachrichten an nur schwer einsehbare Stellen im Innern des Briefumschlages angebracht werden könnten. - Im übrigen ist eine solche Kontrolle durchaus zumutbar.

mit Angehörigen sind aus dem Gesichtspunkt der Resozialisierung Schreiben, die Familienangelegenheiten von besonderer Bedeutung, wichtige Rechts- oder Geschäftsangelegenheiten oder ernstliche Fragen des Fortkommens betreffen, ohne Einhaltung eines Zeitabstandes und grundsätzlich ohne umfangmäßige Beschränkung zuzulassen, ⁶⁷⁾ ohne daß für die entstehenden Kosten auf ein Arbeitsentgelt zurückgegriffen werden dürfte.

Diese Regelung erscheint meines Erachtens auch in der Praxis ohne größere Mehrbelastung durchführbar. Denn der ohnehin bei weitem den größten Teil ausmachende und auch schon heute praktisch unbeschränkt zuzulassende, in Nr. 149 genannte Briefverkehr würde im Ergebnis nur um ein geringes an Umfang zunehmen, da nicht alle Gefangenen das Bedürfnis haben, ihren Briefverkehr zu vermehren, zumal sie meist ungewandt im Schreiben sind oder keine Angehörigen oder Freunde haben, mit denen sie korrespondieren können. ⁶⁸⁾ Sollten zudem gewisse Bereiche des Postverkehrs überhaupt der Kontrolle entzogen werden können, könnte insgesamt sogar von einer Entlastung des Kontrollpersonals gesprochen werden.

Die hier vorgenommene Differenzierung erscheint auch im Hinblick auf Art. 3 GG trotz der grundsätzlich durchzuführenden Gleichbehandlung aller Gefangenen nicht unsachgerecht. Denn trotz eines fehlenden Anspruchs ist für einen ausreichenden Briefverkehr des mittellosen Gefangenen gesorgt, so daß er insoweit gegebenenfalls sogar besser als in der Freiheit gestellt ist.

Die Frage, ob der Strafgefangene eine **S c h r e i b - m a s c h i n e** zur Erledigung seines Briefverkehrs verwenden darf, wird jedoch weiterhin grundsätzlich zu verneinen sein (vgl. Nr. 151 Abs. 4 S. 3).

67) Ähnlich schon Baumann, MschrKrim 64, 75 für die Ersetzung durch eine Mußvorschrift; ebenso, aber noch weitgehender, Kieckebusch, ZfStrVo 63, 363.

68) Kieckebusch, ZfStrVo 63, 363.

Zwar kann mit dem OLG Hamburg ⁶⁹⁾ eine Versagung nicht darauf gestützt werden, ein solcher Besitz verstoße gegen die anerkannten Strafzwecke, die ein besonderes Maß an Unterwerfung und Rechtsbeeinträchtigung erforderten, und widerspreche auch der Natur des Vollzuges als einem straffen und empfindlich auszugestaltenden Übel. Dennoch wird richtigerweise trotz aller notwendigen "Entschärfungen" des Vollzuges die Aushändigung einer Schreibmaschine für die S t r a f h a f t weiterhin grundsätzlich als eine "Vergünstigung" anzusehen sein, da die Versagung einer solchen Schreibbefugnis nicht zu den vollzugstypischen Schädigungen gehört, auf deren Beseitigung der Strafgefangene einen grundrechtlich geschützten Anspruch hat. ⁷⁰⁾ Zudem dürfte die Bevorzugung einzelner Gefangener, die eine eigene Schreibmaschine oder die zum Erwerb notwendigen Mittel besitzen, kaum als sachgerecht bezeichnet werden können und insofern dem Interesse eines ungestörten Zusammenlebens der Gefangenen widersprechen. ⁷¹⁾

c.) Entgegen Nr. 152 S. 2 darf der B r i e f e m p f a n g auch aus Ordnungsgründen zeitlich n i c h t beschränkt werden, so daß eine Rücksendung an den Absender rechtlich nicht zulässig ist. Hier gilt das für die Untersuchungshaft Gesagte entsprechend.

d.) Soweit die DVollzO eine zeitweilige völlige Unterbindung des Briefverkehrs aus D i s z i p l i n a r g r ü n d e n vorsieht (vgl. Nr. 182 Abs. 1 Ziff 4, 183 Abs. 1), läßt sich eine solche Maßnahme durch die Belange der Verwaltung nicht rechtfertigen. Denn die

69) MDR 65, 405.

70) Im Ergebnis deshalb richtig OLG Celle, v. 8.8.60 - 3 WVs 1/60 und OLG Stuttgart VD 6/64, S. 109.

71) Insofern sollte es bei Nr. 62 Abs. 2 belassen werden, wo als Vergünstigung den Gefangenen die Teilnahme an Kurzschrift- und Schreibmaschinenkursen gewährt werden kann. Allerdings kann sich im Einzelfall aus dem Resozialisierungszweck auch eine Pflicht zur Genehmigung ergeben. In offenen oder halboffenen Strafanstalten wird dagegen eine noch stärkere Lockerung der hier befürworteten strengeren Regelung angebracht sein.

staatlichen Zwecke dürfen sich gegenüber der naturgegebenen Gemeinschaftsbindung des einzelnen, die aufrechterhalten Ziel des Resozialisierungsvollzuges ist und deren Schutzwürdigkeit auch aus der Menschenwürde folgt, nur in dem unbedingt erforderlichen Ausmaß durchsetzen. ⁷²⁾ Eine auch nur zeitweilige Unterbindung des Kontaktes mit der Außenwelt ist mangels zwingender Notwendigkeit verfassungswidrig, da sie außer Verhältnis zu dem angegriffenen höchstpersönlichen Rechtsgut steht; auch andere, nicht in diesen Bereich eingreifende Disziplinar-mittel können den Gefangenen in gleicher Weise zu einem ordnungsgemäßen Verhalten veranlassen.

III. Der Bezug von Zeitungen, Zeitschriften, Büchern etc.

1. Untersuchungshaft

Gemäß dem in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Grundrecht der **I n f o r m a t i o n s f r e i h e i t** kann dem Untersuchungsgefangenen nicht der Bezug von Büchern, Schriften, Zeitungen und Zeitschriften verweigert werden. ⁷³⁾ Wenn Nr. 45 Abs. 2 S. 1 UVollzO dennoch den Bezug von mehr als einer Zeitung und Zeitschrift von der Erlaubnis des Anstaltsleiters abhängig macht, so erscheint diese Regelung ebenso ungerechtfertigt wie die Möglichkeit, im Interesse der Ordnung in der Anstalt bestimmte Zeitungen und Zeitschriften allgemein vom Bezug auszuschließen. ⁷⁴⁾ Der erwachsene Untersuchungsgefangene hat einen Anspruch darauf, jede in der Bundesrepublik nicht verbotene Zeitung oder Zeitschrift zu lesen,

72) Spannagel, S. 98 f.; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 162 und oben S. 61 f., 81 f., 149 f.

73) Richtig deshalb OLG Saarbrücken JVB1 66, 142, nach dessen Auffassung der Text der UVollzO auch dann bezogen werden darf, wenn die Gefahr besteht, daß der Häftling die dadurch gewonnene Kenntnis von den einzelnen Bestimmungen dazu benutzen wird, unbegründete oder querulatorische Eingaben zu machen.

74) Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 32; H. Schmidt, SchlHA 64, 278.

denn eventuelle erzieherische Gründe sind für die Ausgestaltung der Untersuchungshaft absolut ausgeschlossen. Aus Sicherheitsgründen erscheint es allerdings gerechtfertigt, den Bezug nur dann zu gestatten, wenn er unmittelbar durch den Verlag, Buchhandel oder die Post erfolgt (Nr. 45 Abs. 2 S. 1). Ein anderer Bezug ist wegen der damit verbundenen Gefahr, daß unbemerkt unzulässige, dem Haftzweck zuwider laufende Mitteilungen z.B. in das Schriftbild eingefügt werden können, von einer besonderen Genehmigung (Nr. 45 Abs. 3) abhängig zu machen. 75)

2. Strafhaft

Das Grundrecht auf I n f o r m a t i o n durch allgemein zugängliche Quellen (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) erfährt in der gegenwärtigen Vollzugspraxis für den Strafgefangenen tiefgreifende Einschränkungen, da es -bis auf den Bezug von berufsbildenden Zeitungen und Zeitschriften- nur im Wege der "Vergünstigung" (Nr. 62 Abs. 2, 129) zu verwirklichen ist.

Eine solche weitgehende Beschränkung dieses Grundrechts erscheint jedoch unzulässig, da sie durch die Belange des Strafvollzuges nicht zu rechtfertigen ist. Es ist zwar richtig, daß dieses gegen staatliche Eingriffe schützende, zum status negativus des Bürgers zählende Grundrecht im Strafvollzug nicht zu einem Recht auf Leistung von Information durch die Vollzugsverwaltung umgedeutet werden kann. 76) Ein solches Recht kann sich nämlich nur aus dem Resozialisierungszweck dahingehend ergeben, daß die Gefangenenbücherei diesem Vollzugsziel entsprechend ausgerichtet wird und für jeden Gefangenen von Beginn der Gefangenschaft an zur Verfügung stehen sollte. Dennoch erweist sich gerade unter dem Gesichtspunkt einer Resozialisierung des Strafgefangenen, daß

75) Auf Grund des konkreten Falles deshalb richtig, wenn OLG Oldenburg, v. 23.11.66 - 1 Ws 294/66 - den Bezug einer Lesemappe eines Lesezirkels verweigert hat.

76) Tiedemann, Rechtsstellung, S. 166; OLG Nürnberg, JVB1 62, 211; OLG Celle MDR 62, 924; MDR 63, 432.

die von der DVollzO meist als "Vergünstigungen" aufgefaßten Komplexe nicht ein Leistungsbegehren des Gefangenen gegenüber dem Staat betreffen, sondern vielmehr in den Bereich der *E i n g r i f f s a b w e h r* fallen, d.h. Ansprüche auf Abwehr von Schäden beinhalten, die durch eine psychische Absperrung des Gefangenen, sei sie persönlicher, politischer oder allgemeiner Art, bedingt sind. 77)

a.) Insofern gehört es zum unabdingbaren Anspruch des Gefangenen, *T a g e s z e i t u n g e n* zu beziehen. Ebenso werden sonstige Zeitungen nicht verwehrt werden können, da durch sie in anderer Art als durch Briefe eine Beziehung zum Umweltgeschehen aufrechterhalten werden kann und durch deren Bezug die Voraussetzung für die Ausübung des den Strafgefangenen verbleibenden aktiven Wahlrechts geschaffen wird. 78)

Mit Recht hat deshalb das OLG Bremen 79) schon für die gegenwärtige Rechtslage entschieden, daß das Halten einer Tageszeitung keine "Vergünstigung" ist und der Gefangene für ihren Bezug nicht auf das ohnehin schmale Hausgeld verwiesen werden kann, da dies ein verdeckter Zwang auf das durch den Strafvollzug nicht eingeschränkte Grundrecht der Informationsfreiheit ist.

Da aber das Grundrecht der Informationsfreiheit auch die eigene Entscheidungsfreiheit darüber enthält, aus welchen Quellen man sich unterrichten möchte, 80) kann der Strafgefangene aus Ordnungsgesichtspunkten auch nicht auf den Bezug einer bestimmten Zeitung verwiesen werden, 81) da andernfalls z.B. der notwendige Kontakt

77) Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S.70 ff. (72); W. Herrmann, MschrKrim 66, 365 ff.

78) Tiedemann, a.a.O.; v. Münch, JZ 58, 75; Eb. Schmidt, Tagungsberichte I, S. 37 f.

79) NJW 68, 1642; ebenso Steierer, Tagungsberichte III, S. 65; gegen OLG Bremen neuerdings KG NJW 69, 672.

80) BVerfG NJW 63, 756; zustimmend v. Münch, JZ 64, 281 f.

81) So aber OLG Celle, v. 12.4.62 - VAs 2/62 (bei Altenhain, JVB1 62, 198); OLG Hamburg GA 1967, 373 f.; zweifelnd Tiedemann, Rechtsstellung, S. 162 in Fußn. 252; wie hier wohl auch v. Münch, JZ 58, 75.

zur Heimat nicht unterhalten werden kann. Den Erfordernissen der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt kann dadurch entsprochen werden, daß nur der Zeitungs- direktbezug vom Verlag oder Vertrieb genehmigt wird und aus Gründen der Übersichtlichkeit und Kontrolle in der Zelle Zeitungen nach angemessener Zeit wieder (ganz) herauszugeben sind. ⁸²⁾

b.) Was den Bezug von *Zeitschriften* anbetrifft, so kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Neben Berufs- und Fachzeitschriften, die schon jetzt keine "Vergünstigungen" sind, ⁸³⁾ können deshalb auch andere Zeitschriften (z.B. politischer oder religiöser Art) bezogen werden.

Zweifelhaft ist dagegen, ob auch *Illustrierte* wegen ihres den Erziehungszweck oft in Frage stellenden Inhalts zuzulassen sind. Vom Gesichtspunkt der Sozialisation und der Tendenz, den Strafvollzug nur von vollzugstypischen Schädigungen zu bereinigen, erscheint es vertretbar, grundsätzlich nur den Bezug von solchen Zeitschriften zu erlauben, die der beruflichen Fortbildung oder der Erreichung des Vollzugszieles dienen, wobei jedoch wegen schwieriger Abgrenzungsfragen großzügig verfahren werden sollte. ⁸⁴⁾

c.) Nicht weniger problematisch ist die Frage, ob auch der Bezug von *Büchern* und sonstigen Schriften zugelassen werden soll. Die Rechtsprechung hat das in bezug auf die Aushändigung von Gesetzestexten, (Straf-

82) Steierer, Tagungsberichte III, S. 61, 64.

83) OLG Hamburg MDR 65, 758 f., trotz seines Ausgangspunktes, daß die Vollzugsbehörde nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten einem der "Strafzwecke" das Übergewicht zuerkennen könne.

84) So im Ergebnis Steierer, Tagungsberichte III, S. 60 ff. (64).

prozeß-) Kommentaren ⁸⁵⁾ oder der DVollzO ⁸⁶⁾ verneint.

Dem kann jedoch nur insoweit zugestimmt werden, als die Vollzugsbehörde über die Bereitstellung einer umfangreichen Gefangenenbücherei hinaus zur **V e r - s c h a f f u n g** solcher Bücher nicht verpflichtet sein kann. Soweit aber die **A u s h ä n d i g u n g** eigener Bücher aus der Habe oder der Bezug durch den Verlag usw. abgelehnt wurde, fehlt es grundsätzlich an einer zwingenden Notwendigkeit für eine solche Einschränkung. ⁸⁷⁾ Hier wird nämlich nicht ein Leistungsbegehren auf Lieferung von Information durch den Staat, ⁸⁸⁾ sondern in zulässiger Weise das Grundrecht auf ungehinderten Zugang zu Informationen geltend gemacht.

Demgegenüber erscheint die Behauptung, solche Werke gehörten nicht zu den "allgemein zugänglichen (Informations-) quellen", ⁸⁹⁾ als eine durch nichts belegte Beschränkung der umfassenden Informationsfreiheit. Denn außer Zeitungen, Rundfunk und Fernsehen gehört zu den allgemein zugänglichen Quellen "die gesamte Produktion der in- und ausländischen Publizistik". ⁹⁰⁾ Das ergibt sich daraus, daß die Informationsfreiheit "ein mit der Meinungsfreiheit assoziiertes Stück der geistigen Frei-

85) OLG Nürnberg JVB1 62, 211; OLG Hamburg JZ 64, 504 und die bei Altenhain, JZ 66, 21 1sp angeführte Rechtsprechung.

86) OLG Celle MDR 62, 924; 63, 432; OLG Hamm JVB1 63, 117; OLG Hamburg MDR 64, 344 und 345.

87) Vgl. Steierer, a.a.O., S. 69 und die Kritik v. Münchs, JZ 64, 507 f. an der Entscheidung des OLG Hamburg JZ 64, 504.

88) Das scheint die in Fußn. 85 und 86 angeführte Rechtsprechung aber anzunehmen.

89) So aber Tiedemann, Rechtsstellung, S. 166.

90) Löffler, NJW 64, 2277; vgl. auch Windsheimer, Information, S. 135; v. Mangoldt-Klein, S. 242; Maunz, Staatsrecht, S. 113 f.; Art. 10 MRK.

heit von selbständigem Gehalt" ⁹¹⁾ ist, das sich schlechthin auf alle Erscheinungen erstreckt, ob sie nun von Natur aus zugänglich sind oder sich sonst zugänglich oder wahrnehmbar vollziehen. ⁹²⁾ Ein Grund, die Informationsquellen auf Zeitungen, Rundfunk und Fernsehen zu beschränken, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

Soweit der Strafgefangene im Rahmen des Postverkehrs Bücher oder sonstige Schriften zu beziehen wünscht, wird ihm dieses Recht aus obigen Gründen grundsätzlich nicht zu versagen sein. Hierbei wären allerdings dieselben Einschränkungen wie bei dem Bezug von Zeitungen und Zeitschriften rechtlich zulässig.

Insgesamt werden diese Fragen jedoch kaum größere Bedeutung erlangen. Da die Gefangenen meist nicht über das notwendige Geld verfügen oder es nicht auf diese Weise verwenden wollen, wird aus Ordnungsgesichtspunkten keine größere Mehrbelastung auf die Vollzugsverwaltung zukommen. Am besten erscheint es, wenn in der Anstalt eine umfangreiche, auch die Rechtsstellung des Strafgefangenen genügend berücksichtigende Bibliothek mit der Möglichkeit der Freihandausleihe vorhanden ist, die es erlaubt, den Gefangenen auf die Benutzung dieser Bücher zu verweisen. ⁹³⁾

IV. Der Bezug von Paketen ⁹⁴⁾

1. Untersuchungshaft

Gem. Nr. 39 Abs. 1 und 2 UVollzO wird dem Untersuchungs-

91) Scheuner, VVdStRL 22 (1965), 72; ähnlich Ridder, Grundrechte, II, S. 249, 275; v. Mangoldt-Klein, S. 241 f.; Lerche, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 785 f.; vgl. zum ganzen Windsheimer, Information, S. 119 ff., 131 f. mit berechtigter Kritik an einer restriktiven Interpretation des Begriffes "Informationsquellen", gegen die die Entstehungsgeschichte spricht; vgl. Art. 7 Abs. 1 HE.

92) Windsheimer, a.a.O., S. 122, 133, 135.

93) Steierer, Tagungsberichte III, S. 69.

94) Behandelt wird hier nur der Paketverkehr, der keine schriftlichen Mitteilungen enthält, da dieser andernfalls wegen des Schutzes von Art. 10 GG nach den Bestimmungen des eingehenden S c h r i f t -verkehrs zu behandeln wäre.

gefangenen nur gestattet, regelmäßig Wäschepakete zu empfangen, während der sonstige Paketempfang grundsätzlich nicht und nur aus besonderem Anlaß gestattet wird. Die Begründung dieser Regelung wird in der Erfahrung gesehen, daß durch eine größere oder gar unbegrenzte Zulassung des Paketempfangs wegen der damit verbundenen schwierigen und notwendigerweise gründlichen und damit zeitraubenden Kontrolle der Zweck der Haft in manchen Fällen und die Ordnung in der Anstalt überhaupt in Frage gestellt wird. 95)

Dieser grundsätzliche Ausschluß des Paketempfangs ist bisher nur vereinzelt auf Ablehnung gestoßen, 96) ohne daß sich die Praxis geändert hätte. 97) Jedoch erscheint dieses Verbot als nicht mehr gesichert, seitdem das OLG Frankfurt 98) in einer viel beachteten, allerdings als praxisfern bezeichneten 99) Entscheidung die grundsätzliche Untersagung des Empfangs von Lebensmittelpaketen als von § 119 Abs. 3 StPO nicht gedeckt erklärt hat. Im Anschluß an Dünnebieber 100) vertritt es die Auffassung, daß der mit dem Paketempfang verbundenen Gefahr der Verdunklung oder Fluchtvorbereitung durch eine zumutbare Kontrolle vorgebeugt werden könne. Eine Störung der Ordnung in der Anstalt wäre in keiner Weise ersichtlich, wenn ein Untersuchungsgefangener gelegentlich Lebensmittelpakete empfangen, die nach Größe und Zahl einen gewissen Umfang nicht übersteigen. 101)

95) Grunau, UVollzO, S. 87.

96) H. Schmidt, SchlHA 64, 278; Dünnebieber, § 119, III, 8; wohl auch schon Wagner, JW 28, 2965.

97) Das schon deshalb nicht, weil die kontrollierenden Beamten an die UVollzO gebunden sind; vgl. zu diesem Problem Grunau, ZfStrVo 67, 97.

98) NJW 67, 166.

99) Grunau, ZfStrVo 67, 93 ff. (98); Foth, ZfStrVo 68, 103 ff. (106).

100) In: Löwe-Rosenberg, StPO, § 119, III, 8.

101) NJW 67, 167; Hervorhebung vom Verfasser.

Ob dieser Ansicht zugestimmt werden kann, muß jedoch trotz aller dem Untersuchungsgefangenen zu gewährenden Freiheiten stark bezweifelt werden. Zwar mag sie für den konkret entschiedenen Fall, d.h. losgelöst von der Empfangsberechtigung aller anderen Anstaltsinsassen, durchaus berechtigt sein, da der "gelegentliche" Paketempfang "eines" Untersuchungsgefangenen tatsächlich nicht die Ordnung in der Anstalt zu stören in der Lage ist. Die Kritik hat aber an den Konsequenzen anzusetzen, die bei einer grundsätzlichen Freigabe des Paketempfangs auf die Praxis zukommen. Es müßte nämlich **a l l e n** Untersuchungsgefangenen erlaubt werden, Pakete zu empfangen, und damit gerechnet werden, daß 75 % aller U-Gefangenen einer Anstalt in ihrer Person die Voraussetzungen für den Paketempfang erfüllen, was bei der Größe der Anstalten ein beträchtlicher Empfängerkreis wäre. 102) Dadurch würde aber die für einzelne, geschweige denn für stoßweise ankommende Pakete ohnehin schon schwierige und zeitraubende Kontrolle des Verpackungsmaterials und des Inhalts noch um ein beträchtliches Maß erschwert. So müssen z.B. die Rückseiten der Umhüllungen von Konservendosen untersucht werden, Dosen, Gläser, Zucker- und Schokoladenpackungen usw. geöffnet werden, was ihrer Haltbarkeit nicht förderlich ist; der gesamte Inhalt muß durchprüft, Butter, Kuchen, Wurst und Obst müssen mehrfach durchschnitten werden, ob sich nicht etwa ein Stück Stahlsäge, Waffen, Chemikalien oder Tabletten darin befinden, die zur Herbeiführung einer Haftuntauglichkeit oder gegebenenfalls sogar zur Tötung eines Komplizen verwandt werden können. 103)

Es muß deshalb angesichts dieser nur angedeuteten und nicht etwa erfundenen Schwierigkeiten bezweifelt werden, ob eine Kontrolle, die all diesen Überlegungen ge-

102) Grunau, ZfStrVo 67, 96 f. mit dem Hinweis auf Frankfurt, wo ca. 500 U-Gefangene einsitzen.

103) Vgl. dazu im einzelnen Grunau, ZfStrVo 67, 95 ff. und Foth, ZfStrVo 68, 103 ff.

recht werden will, tatsächlich, wie das BVerfG ¹⁰⁴⁾ es ausgedrückt hat, nur eine "Lästigkeit" ist, die gegenüber Grundrechtsbetätigungen grundsätzlich hingenommen werden muß. Bei Paketen, die keine schriftlichen Mitteilungen enthalten -andere dürften im übrigen wegen Art. 10 GG nicht vom Aufsichtspersonal geöffnet werden, wenn dem Absender das Verbot der Beifügung schriftlicher Mitteilungen nicht bekannt ist ¹⁰⁵⁾ -, wird zudem, anders als bei dem sonstigen -geistigen- Verkehr mit der Außenwelt, über die einem weiten Bindungsvorbehalt unterworfenen allgemeine Handlungsfreiheit hinaus kein anderes, mit einem engeren Gesetzesvorbehalt versehenes Grundrecht eingeschränkt. ¹⁰⁶⁾ Gegenüber der hier als notwendig angesehenen Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 GG erscheint auch das Argument Dünnebiers, ¹⁰⁷⁾ durch ein "liebervoll gepacktes Paket" werde die Verbindung zur Familie "oft inniger aufrechterhalten als durch Briefe", angesichts des Zustandes, in dem sich ein Paket nach gründlicher Kontrolle befinden muß, kaum als so ausschlaggebend, als daß wegen dieses "ideellen Zwecks" anders verfahren werden müßte.

Im Hinblick auf eine gesetzliche Regelung, die einen Paketempfang von v o r n h e r e i n nur bis zu der Gefahrengrenze für die Aufrechterhaltung der Ordnung zulassen will, stellt sich darüber hinaus die -wohl kaum zu beantwortende- entscheidende Frage, was unter einem die Ordnung nicht gefährdenden "gelegentlichen" Paketempfang und einer Größe und Zahl "gewissen Umfangs" zu verstehen ist. ¹⁰⁸⁾ Gibt man dagegen den Paketempfang grundsätzlich frei, so ergibt sich wegen der Beteiligung der verschiedensten Haftrichter und wegen der damit ver-

104) NJW 63, 756.

105) Grunau, ZfStrVo 67, 95 f.

106) Grunau, UVollzO, S. 87 meint dagegen, diese Beschränkung betreffe überhaupt kein Grundrecht.

107) In: Löwe-Rosenberg, StPO, § 119, III, 8.

108) Vgl. insoweit die Kritik bei Grunau, ZfStrVo 67, 97.

bundenen Schwierigkeit, einer Gefährdung der (G e - s a m t -) Ordnung in der Anstalt durch geeignete Einzelmaßnahmen entgegenwirken zu können, statt dessen die -ebenso wohl kaum zu beantwortende- Frage einer eventuell notwendigen n a c h t r ä g l i c h e n , konkreten Beschränkung. Erscheint es angesichts dieser von der Praxis für eine grundsätzliche Beschränkung begründet vorgetragenen Argumente tatsächlich gegenüber dem beanspruchten unbeschränkten Paketempfang unverhältnismäßig, den Gefangenen auf den möglichen Einkauf in der Vollzugsanstalt zu verweisen? Und würde ein n a c h t r ä g l i c h e s Beschränken des zunächst freien, aber infolge eines allgemein zugenommenen und die Ordnung nun evident störenden Paketverkehrs nicht eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung des konkret betroffenen, eventuell sein erstes Paket erhaltenden Untersuchungsgefangenen bedeuten?

Da aber eine Kontrolle wegen der damit verbundenen k o n k r e t e n Gefahren auch nicht auf Stichproben beschränkt werden kann, erscheint es aus obigen Gründen gegenüber dem Zweck der Untersuchungshaft durchaus verhältnismäßig, wenn der Paketempfang grundsätzlich nicht gestattet wird.

A u s n a h m e n sollten jedoch weiterhin aus besonderem Anlaß zulässig sein, wobei allerdings eine großzügigere Handhabung zu empfehlen wäre. Zu den ohnehin größtenteils schon üblichen Anlässen wie Weihnachten oder Ostern sollten auch Pakete von A n g e h ö r i g e n aus besonderen, in der Person des Gefangenen liegenden Gründen (z.B. Geburtstag, Hochzeitstag) zugelassen werden. Als eine Ausnahme wäre auch anzusehen, wenn keine Einkaufsmöglichkeit in der Anstalt besteht oder ein Gefangener diese Möglichkeit nicht ausnutzen kann, weil z.B. seine Angehörigen in der DDR wohnen und deshalb kein Geld überweisen können. 109)

109) Grunau, ZfStrVo 67, 98.

Insgesamt wäre es wohl auch vertretbar, dem Gefangenen im Laufe der U-Haft den Empfang zumindest eines Paketes zu gestatten, wobei er im übrigen auf den Einkauf in der Anstalt verwiesen werden kann.

2. Strafhaft

Für den ebenso grundsätzlich untersagten Empfang von Paketen, insbesondere von Lebens- und Genußmittelpaketen (Nr. 99 Abs. 3, 162 Abs. 3 DVollzO), kann, was die Erfordernisse der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt anbetrifft, nichts anderes als bei der U-Haft gelten. ¹¹⁰⁾

Gegenüber der Untersuchungshaft ergibt sich jedoch aus dem Wesen der Strafhaft, die für a l l e Gefangenen grundsätzlich g l e i c h zu gestalten ist, soweit aus b e s o n d e r e m Anlaß nicht eine Abweichung gerechtfertigt ist, noch ein zusätzliches Argument. Denn wollte man für begüterte Gefangene bzw. deren Angehörige den Empfang von Paketen grundsätzlich zulassen, so würde das als ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz anzusehen sein und auch dem Interesse an einem geordneten Zusammenleben der Gefangenen untereinander widerstreiten. ¹¹¹⁾

Dem Bedarf von Zusatznahrungs- und Genußmitteln sollte jedoch durch die allgemeine (oder durch den Einzelfall begründete, wie z.B. Krankheit) Genehmigung für besondere Tage entgegenkommen und im übrigen durch eine entsprechende Beköstigung oder Versorgungsmöglichkeit vorgebeugt werden.

Ob für den halboffenen oder offenen Vollzug eine andere Regelung getroffen werden sollte, wäre jedenfalls zu erwägen.

110) Vgl. dazu Bieler, Tagungsberichte III, S. 85 f. mit Hinweis auf OLG Düsseldorf, v. 4.6.65 - 2 Ws 207/65.

111) Vgl. Schüler-Springorum, Tagungsberichte II, S. 72.

V. Die Überwachung des Postverkehrs

1. Die generelle Überwachung des Postverkehrs

a.) Untersuchungshaft

aa.) Der Zweck der Haft und die Ordnung, insbesondere die Sicherheit in der Vollzugsanstalt erfordern notwendiger- und damit zulässigerweise eine das Briefgeheimnis des Art. 10 GG völlig aufhebende Überwachung des Postverkehrs. Vor allem zur Verhinderung von Verdunklungshandlungen, aber auch von Fluchtversuchen wird auch in Zukunft von einer g e n e r e l l e n Überwachung des Postverkehrs nicht abgesehen werden können, obwohl auch schon heute für den Richter keine Pflicht besteht, jeden Brief zu kontrollieren. Von einer Kontrolle wird der Richter nämlich dann Abstand nehmen k ö n n e n , wenn in der Person des Untersuchungsgefangenen keinerlei Anhaltspunkte dafür zu finden sind, er werde aus der Anstalt ausbrechen oder versuchen, etwas zu verdunkeln. ¹¹²⁾

Eine Kontrolle wird der Richter dagegen unterlassen m ü s s e n , wenn durch einen bestimmten Briefverkehr keine konkrete Gefahr für die Vereitelung des Haftzweckes oder für eine Störung der Ordnung in der Anstalt zu befürchten ist. Eine in diesen Fällen dennoch durchgeführte Kontrolle ist durch § 119 Abs. 3 StPO nicht gedeckt und verstößt gegen das die gesamte Untersuchungshaft beherrschende Verhältnismäßigkeitsprinzip. Diese im einzelnen noch zu behandelnden Ausnahmen ändern jedoch nichts daran, daß an dem Grundsatz der Überwachung des Postverkehrs festzuhalten ist.

bb.) Notwendig erscheint neben der Kontrolle der a u s g e h e n d e n auch die Überwachung der e i n g e h e n d e n Post, da von ihr grundaätzlich die

112) H. Schmidt, SchlHA 64, 275; Grunau, UVollzO, S. 73, der als Beispiel den Fall eines wegen Wiederholungsgefahr inhaftierten ruhigen, gebildeten Homosexuellen anführt.

gleichen Gefahren ausgehen.

Für die gegenwärtige Rechtslage ist die Ansicht vertreten worden, § 119 Abs. 3 StPO rechtfertigt nicht auch die Überwachung der e i n g e h e n d e n Post, weil gemäß dieser Bestimmung etwaige Beschränkungen nur dem G e f a n g e n e n auferlegt werden dürften.¹¹³⁾ Werde aber die eingehende Post geöffnet, so richte sich diese Maßnahme a l l e i n gegen den sich in der Freiheit befindlichen A b s e n d e r, der bis zum Zeitpunkt der Aushändigung an den Adressaten noch Eigentümer und allein Verfügungsberechtigt an der Postsendung sei.

Dieser Auffassung kann jedoch nur insoweit zugestimmt werden, als -wie es häufig geschieht- generell nicht unterstellt werden kann, der Absender rechne mit einer Kontrolle und verzichte auf die Wahrung des Briefgeheimnisses;¹¹⁴⁾ diese Ansicht verkennt jedoch, daß einerseits beim Nachrichtenverkehr unter dem Blickwinkel des Art. 10 GG weder die Rechtsstellung des Empfängers noch die des Absenders isoliert betrachtet werden kann¹¹⁵⁾ und daß andererseits im Zeitpunkt der Eröffnung der Empfänger schon Eigentümer und deshalb allein Verfügungsberechtigt ist.¹¹⁶⁾ Denn erfolgt die Zusendung mit der Post, so richtet sich der Rechtsübergang nach der Postordnung, die diesen mit der Z u s t e l l u n g, d. h. mit Einwurf in den Hausbriefkasten oder der Übergabe an die Anstalt, wirksam werden läßt.¹¹⁷⁾ In diesem

113) Franz, NJW 65, 25 f.

114) Ein solcher Verzicht kann insbesondere dann nicht unterstellt werden, wenn der Brief vor der Verhaftung abgesandt und in die Anstalt nachgesandt worden ist. In diesem Fall ist entweder der Brief zurückzusenden oder eine Kontrolle nur mit Zustimmung des U-Gefangenen zulässig; vgl. Dünnebier, § 119, III, 5; Grunau, UVollzO, S. 73 f.

115) Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 67.

116) LG Krefeld NJW 65, 596 f.; zustimmend Dünnebier, a.a.O.

117) Vgl. § 44 PostO v. 16.5.63 (BGBl I, 341); zum ganzen LG Krefeld NJW 65, 597.

Zeitpunkt befindet sich die Postsendung endgültig in dem Bereich des Empfängers und in seinem Eigentum, so daß er für den Fall der Verletzung des Briefgeheimnisses auch a l l e i n antragsberechtigt wäre. ¹¹⁸⁾ Nichts anderes gilt im Ergebnis für Briefe, die vom Absender direkt, d.h. ohne Inanspruchnahme der Post, in den Hausbriefkasten geworfen werden, da sich der Eigentumsübergang in gleicher Weise vollzieht.

Damit ist auch eine Kontrolle der eingehenden Post gemäß § 119 Abs. 3 StPO gerechtfertigt. Zur Klarstellung sollte jedoch in einem Vollzugsgesetz auch die Überwachung der eingehenden Post ausdrücklich für zulässig erklärt werden.

cc.) Soweit Nr. 32 Abs. 2 UVollzO für das K o n - t r o l l v e r f a h r e n vorschlägt, bei der a u s g e h e n d e n Post sei die Genehmigung auf dem Brief unauffällig zu vermerken, so bestehen gegen diese Regelung ebenso ernstliche Bedenken wie gegen die in Nr. 32 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 getroffene Bestimmung, daß dem Untersuchungsgefangenen zur verschlossenen Vorlage an den Richter nur auf Verlangen ein besonderer, vom Gefangenen zu verschließender Begleitumschlag auszuhändigen ist. Weder der Haftzweck noch die Ordnung in der Anstalt gebieten diese Maßnahmen; zudem widerspricht eine unverschlossene Vorlage, durch die eine Einsichtnahme durch andere Personen als den Richter ermöglicht wird, dem auch für unverschlossene Briefe gewährleisteten Schutz des Art. 10 GG. ¹¹⁹⁾ Die Aushändigung eines Begleitumschlages sollte deshalb obligatorisch sein. ¹²⁰⁾

118) Jagusch, LK, § 61, Anm. II, 1; § 299, Anm. 9; Schöneke-Schröder, § 299, Rdnr. 10; Maurach, BT, S. 173.

119) Falsch deshalb Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 67, der das Briefgeheimnis nur bei verschlossenen Briefen für berührt ansieht (anders jedoch Rdnr. 29); richtig dagegen Dünnebier, § 119, III, 7; H. Schmidt, SchlHA 64, 277; OLG Hamburg NJW 67, 1973.

120) So jetzt auch Nr. 35 Abs. 3 VGO; vgl. dazu Grunau, UVollzO, S. 75 ff.

Unter diesen Gesichtspunkten sind deshalb gegen das in Nr. 33 vorgeschlagene Verfahren bei der Überwachung e i n g e h e n d e r Briefe nur insoweit Einwände zu erheben, als bei der obligatorischen Verwendung von Begleitumschlägen auf diesen der Genehmigungsvermerk anzubringen ist und das Verschließen des geöffneten Briefes entfällt.

b.) Strafhaf

Gem. Nr. 153 Abs. 1 DVollzO wird der g e s a m t e Schriftverkehr des Strafgefangenen überwacht. Nur für den Verkehr mit dem Verteidiger (Nr. 158 Abs. 1) wird eine einzige, und wie noch zu zeigen sein wird, eng begrenzte Ausnahme zugelassen.

aa.) Dieser g e n e r e l l e Eingriff in das Briefgeheimnis ist jedoch im Gegensatz zur U-Haft, die nur angeordnet und aufrechterhalten werden darf, wenn k o n k r e t e Anhaltspunkte für eine Verdunklungs- oder (und) Fluchtgefahr vorliegen, n i c h t zulässig. Denn wenn -wie es derzeitig geschieht- eine Kontrolle damit gerechtfertigt wird, daß sie zur Aufrechterhaltung der Sicherheit in der Anstalt und zur Verhinderung von Fluchtversuchen durch Aufdeckung dahingehender Pläne notwendig ist, 121) so reicht diese Begründung nicht aus, eine u n t e r s c h i e d l o s e Überwachung -und damit die v ö l l i g e Einschränkung des Art. 10 GG für a l l e Gefangenen- für zulässig ansehen zu können. Erfahrungsgemäß neigt nämlich nur ein geringer Prozentsatz der Gefangenen zur Flucht, die auch nur dann möglich ist, wenn dem Gefangenen die Unzulänglichkeit der Hafträume oder ein Versagen des Aufsichtspersonals zugute kommt. Lediglich zur Erleichterung der Überwachung ist eine unterschiedslose Kontrolle aber

121) Vgl. Tiedemann, Rechtsstellung, S. 164 m.Nachw.; ders. NJW 63, 1841 f.; v. Münch, JZ 58, 75; Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 66 f.

wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rechtswidrig. ¹²²⁾

Mangels einer konkreten und ernstlichen Gefährdung der Sicherung dürfte es gerechtfertigt sein, die Gefangenen von einer generellen Kontrolle auszunehmen, von denen keine Gefahr für die Sicherheit der Anstalt ausgeht oder bei denen durch ein Absehen von einer generellen Kontrolle diese Gefahr nicht erhöht wird. Zwar wird eine vollständige Erfassung möglicher Ausnahmen kaum möglich sein; doch wird z.B. außer bei dem unter V, 2 zu behandelnden Briefverkehr auch im halboffenen und offenen Vollzug eine Überwachung überhaupt entfallen können. Die Kontrolle des Schriftverkehrs mit den in Nr. 149 Abs. 1 S. 2 a.E. DVollzO genannten Vereinigungen wird ebenso wie die Überwachung des Schriftwechsels der nicht resozialisierungsbedürftigen Täter, wie Fahrlässigkeitstäter, Wehrdienstverweigerer (z.B. Zeugen Jehovas), zumindest auf *Stichproben* beschränkt werden können. ¹²³⁾ Stichproben dürften auch beim Postverkehr von Ersttättern, bei denen keine kriminelle Neigung festzustellen ist, häufig genügen. Allein die Erwägung, ein Brief *könne* z.B. Beleidigungen, unwahre Behauptungen über Anstaltsverhältnisse oder die Einleitung neuer Straftaten enthalten, ¹²⁴⁾ kann die Kontrolle des *gesamten* Briefverkehrs *aller* Gefangenen nicht rechtfertigen. Dieses Ergebnis folgt auch aus Art. 8 Abs. 2 MRK ¹²⁵⁾, der eine unterschiedslose Kontrolle deshalb verbietet, weil sie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung nicht notwendig ist; die Durchfüh-

122) Spannagel, S. 102; vgl. auch Baumann, DRiZ 59, 380.

123) Für eine "Fall-zu-Fall-Lösung" im Anschluß an Tiedemann, NJW 63, 1481 f. auch Eb. Schmidt, Tagungsberichte I, S. 39 und wohl auch Bieler, Tagungsberichte III, S. 82; Rotthaus, MDR 68, 103; für Stichproben auch v. Münch, JZ 58, 75 rSp; Kieckebusch, ZfStrVo 63, 363.

124) So die Regelung in der DVollzO und dazu statt vieler z.B. Kieckebusch, ZfStrVo 63, 361; Tiedemann, Rechtsstellung, S. 165; Holl, ZfStrVo 64, 149.

125) Vgl. oben S. 74.

rung von Stichproben stellt das mildere Mittel gegenüber der gänzlichen Grundrechtsaufhebung dar. 126)

Will man eine solche und von Art. 3 GG auch gebotene 127) Differenzierung durchführen, ist erforderlich, daß im Vollzug eine Klassifizierung vorgenommen wird; die Gefangenen, die wegen der von ihnen für die Sicherheit in der Anstalt ausgehenden Gefahr einer stärkeren Überwachung unterworfen werden müssen, sind von anderen strikt zu trennen, da nur für jene eine Grundrechtseinschränkung notwendig erscheint.

bb.) Entgegen v. Münch 128) ist eine generelle Überwachung auch nicht aus dem Resozialisierungszweck zu rechtfertigen. v. Münch ist darin zuzustimmen, daß alle pädagogisch-fürsorgerischen Möglichkeiten voll aususchöpfen sind, um sich ein Bild von der Persönlichkeit des Gefangenen machen zu können. Die Persönlichkeitserforschung findet aber ebenfalls dort ihre Grenzen, wo durch weniger einschneidende Maßnahmen als durch Grundrechtseinschränkungen dieses Ziel erreicht werden kann. Zur Erforschung der Psyche sind aber die tägliche Beobachtung und Gespräche weitaus tauglicher. Zudem wird durch eine ausnahmslose Überwachung des Briefverkehrs nicht selten eine Unaufrichtigkeit sowohl dem Ton als auch dem Inhalt nach erreicht und die Gefahr geschaffen, daß sich mancher Gefangene im Hinblick auf den kontrollierenden, ihm möglicherweise bekannten Beamten z.B. gegenüber Angehörigen die Dinge auszusprechen scheut, die meist nur im Vertrauen auf die durch das Briefgeheimnis geschützte Intimsphäre dem Papier anvertraut werden. Auch ist an die Gefangenen zu denken, die keiner Erziehung bedürfen oder

126) Guradze, MRK, S. 127.

127) Siehe dazu oben S. 79 f.

128) JZ 58, 75 1Sp; ebenso Kieckebusch, ZfStrVo 63, 365.
- Gegen v. Münch ausdrücklich Badura, BK, Art. 10 Rdnr. 67 und Eb. Schmidt, Tagungsberichte I, S. 39.

bei denen der Resozialisierungszweck von dritter Seite nicht gestört werden kann, weil der Gefangene die Fähigkeit zum selbständigen Denken besitzt und jeder Einflußnahme ein eigenes Urteil entgegenzusetzen weiß. 129)

Es ist auch für diesen Problemkreis an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit festzuhalten, der die bloße Förderung eines Zweckes nicht als Begründung einer Grundrechtsbeschränkung tragfähig erscheinen läßt. 130) Eine zum Zwecke der Persönlichkeitserforschung durchgeführte Überwachung und eine entsprechende Verwertung des Gelesenen ist deshalb nur nach einer freien, jederzeit widerruflichen Zustimmung des Gefangenen zulässig - und dann auch nur eine Kontrolle durch Psychiater, Psychologen und Sozialpädagogen hinsichtlich der ausgehenden Post. 131)

2. Generelle Ausnahmen von der Überwachung

Während im Vorangegangenen zumindest für die U-Haft die Notwendigkeit einer generellen Überwachung anerkannt worden war und die Ausnahmen angedeutet wurden, bei denen auf eine Kontrolle verzichtet werden kann bzw. sollte, soll im folgenden untersucht werden, ob nicht für einen gewissen Bereich des Briefverkehrs sowohl für die Untersuchungs- als auch für die Strafhaft eine je gleiche Kontrolle unzulässig ist.

a.) Die Verteidigerpost und der Verkehr mit Anwälten und Notaren

In der gegenwärtigen Praxis wird unter Zugrundelegung der Neufassung des § 148 StPO 132) sowohl für die

129) Spannagel, S. 102.

130) Badura, BK, Art. 10, Rdnr. 66 f.

131) Guradze, MRK, S. 127.

132) Art. 3 Nr. 6 StPAG v. 19.12.64 - BGBl I, 1067.

U n t e r s u c h u n g s h a f t (Nr. 37 UVollzO)
als auch für die S t r a f h a f t (Nr. 158 Abs.
1 DVollzO) die sog. V e r t e i d i g e r p o s t
ohne besondere Erlaubnis sowie ohne Beschränkung und
Überwachung zugelassen, soweit diese Post als Vertei-
digerpost besonders gekennzeichnet ist.

Da für § 148 StPO der Anlaß der Haft ohne Bedeutung
ist, ¹³³⁾ wird der schriftliche Verkehr des U n -
t e r s u c h u n g s g e f a n g e n e n mit seinem
für ein konkretes ¹³⁴⁾ Strafverfahren bestellten oder
gewählten V e r t e i d i g e r ¹³⁵⁾ dann keiner Be-
schränkung unterworfen, wenn er sich als solcher gegen-
über der Anstalt ausgewiesen hat. Daraus wird gefolgert,
daß der Brief, in dem der U-Gefangene erst um die Über-
nahme seiner Verteidigung ersucht, der allgemeinen Kon-
trolle unterworfen sei. ¹³⁶⁾

Soweit es sich beim Untersuchungsgefangenen um eine
sonstige S t r a f s a c h e handelt, für die die
U-Haft nicht angeordnet ist, wird -in Übereinstimmung
mit Literatur und Rechtsprechung- ¹³⁷⁾ ebenso wie beim
S t r a f g e f a n g e n e n der gesamte schriftli-
che Verkehr mit dem Verteidiger nur bis zum rechtskräf-

133) Eb. Schmidt, § 148, Rdnr. 3; Müller-Sax (KMR), §
148, 1 b; Schwarz-Kleinknecht, § 148, 2; Greiffen-
hagen, GA 1964, 237.

134) OLG Saarbrücken, v. 12.7.65 - VAs 6/65 (bei Küh-
ling, ZfStrVo 66, 102); Dünnebier, § 148, 2; Alten-
hain, JVB1 65, 269.

135) Verteidiger kann nicht nur ein Rechtsanwalt sein,
sondern -unter bestimmten Voraussetzungen- auch
ein Rechtslehrer, Referendar oder eine andere Per-
son, §§ 138 Abs. 1 u. 2; 139; 142 Abs. 1 u. 2 StPO.

136) Vgl. z.B. Dünnebier, a.a.O.; a.A. wohl nur Müller-
Sax (KMR), §148, 3 b (1).

137) Dünnebier, a.a.O.; Schwarz-Kleinknecht, § 148, 2;
Müller-Sax (KMR), § 148, 1a; Altenhain, JVB1 66, 71;
OLG Bremen NJW 63, 1465; OLG Nürnberg, v. 5.11.64
und 1.2.65 - VAs 13/64 und 10/64, 30/63. - Thole,
ZfStrVo 62, 28 und Greiffenhagen, GA 1964, 239 f.
billigen den Schutz des § 148 StPO allerdings je-
weils nur bis zur Wiederaufnahme zu.

tig abgeschlossenen Strafverfahren u n g e h i n -
d e r t , gestattet, e s s e i d e n n , daß
sich der Briefverkehr auf eine Wiederaufnahme, Voll-
streckungsbeschwerde, Gnadenangelegenheit oder Anträge
nach §§ 23 ff. EGGVG -soweit V o l l z u g s a k t e
bei Gericht angegriffen werden- bezieht. Überwacht wird
allerdings der Schriftverkehr des Gefangenen mit einem
R e c h t s a n w a l t oder N o t a r in bür-
gerlich-rechtlichen Angelegenheiten und Verwaltungsstreit-
verfahren, ¹³⁸⁾ wobei das OLG Hamm ¹³⁹⁾ zu letzteren
auch das Beschwerdeverfahren gem. § 24 Abs. 2 EGGVG zählt.

aa.) Wenn nur die sog. Verteidigerpost, nicht jedoch
auch der sonstige Schriftverkehr des U n t e r s u -
c h u n g s g e f a n g e n e n mit einem R e c h t s -
a n w a l t von der Überwachung ausgenommen wird, so
erscheint diese Regelung ungerechtfertigt.

Diesem offenbar aus dem Wortlaut des § 148 StPO ("Vertei-
diger"-post) abgeleiteten Ergebnis ¹⁴⁰⁾ ist zwar darin
zuzustimmen, daß sich diese Regelung wegen § 3 EGStPO un-
mittelbar nur auf den Verkehr in Strafsachen beziehen
kann. ¹⁴¹⁾ Die Schlußfolgerung, über die Verteidigerpost
hinaus unterliege jeder sonstige Schriftverkehr mit An-
wältin einer Überwachung, wird jedoch weder von der Ent-
stehungsgeschichte des § 148 StPO n.F. noch von einer ver-
fassungskonformen Auslegung des § 119 Abs. 3 StPO getra-
gen. Denn mit Beseitigung der richterlichen Beaufsichti-
gung, in der insbesondere die Anwaltschaft eine Diskri-
minierung ihres Standes und eine unerträgliche Erschwe-
rung der freien anwaltlichen Verteidigung erblickte,
verwirklichte der Gesetzgeber mit der Neufassung des §
148 StPO eine alte Forderung nach restloser Anerkennung
des in § 1 BRAO ausgesprochenen Grundsatzes, daß der An-
walt ein unabhängiges O r g a n d e r R e c h t s -

138) OLG Saarbrücken JVB1 61, 166; OLG Bremen a.a.O.;
Dünnebier, a.a.O.

139) JVB1 66, 70 m. abl. Anmerkung von Altenhain, ebd.
S. 71.

140) Vgl. Dünnebier, a.a.O.; Grunau, UVollzO, S. 85;
vgl. auch OLG Bremen, a.a.O.

141) Greiffenhagen, GA 1964, 243.

p f l e g e ist. 142)

Will man diese in § 148 StPO n.F. getroffene Aussage ernst nehmen und richtig deuten, so kann -bezogen auf die U-Haft- in § 148 StPO nur eine Verdeutlichung einer verfassungskonformen Auslegung des § 119 Abs. 3 StPO gesehen werden. Eine solche, sich insbesondere am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu orientierende Auslegung ergibt, daß Einschränkungen nur dann erlaubt sind, wenn im k o n k r e t e n Fall eine e r n s t - h a f t e , nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegende Gefährdung der in § 119 Abs. 3 StPO aufgeführten öffentlichen Interessen zu bejahen ist. Eine derartige Gefährdung ist aber generell weder bei der Verteidigerpost noch bei dem sonstigen Verkehr des U-Gefangenen mit einem in der Bundesrepublik zugelassenen Anwalt zu befürchten.

J e g l i c h e r Schriftverkehr, der mit einem A n - w a l t in einer den Gefangenen unmittelbar berührenden Rechtssache geführt wird, unterliegt deshalb unter Zugrundelegung einer verfassungskonformen Auslegung des § 119 Abs. 3 StPO keiner Einschränkung, insbesondere keiner Überwachung.

Für den Schriftverkehr mit einem N o t a r kann aber kraft dessen unabhängiger Trägerschaft eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) nichts anderes gelten. 143)

Mißbrauchsversuchen -wie die Verwendung von Geschäftsumschlägen oder fiktiver Adressen- kann dadurch vorgebeugt werden, daß in allen Anstalten ein vollständiges, von den zuständigen Anwaltskammern aufgestelltes Verzeichnis ausliegt und daß bei Verdachtsgründen Rückspra-

142) Vgl. dazu Eb. Schmidt, § 148, Rdnr. 1; Dünnebieber, § 148, 1; Dahn, NJW 65, 85; vgl. auch schon die Kritik von H. Schmidt, SchlHA 64, 278.

143) Das sieht, allerdings nur in der Regel, schon Nr. 36 Abs. 4 UVollzO für den mündlichen Verkehr vor.

che mit dem betreffenden Anwalt gehalten werden kann. Außer der möglichen Ahndung von Verstößen als Standeswidrigkeiten sollte auch erwogen werden, jedes unerlaubte Inbeziehungtreten mit dem Gefangenen über den Rahmen des § 120 StGB hinaus unter Strafe zu stellen. ¹⁴⁴⁾

bb.) Auch für die S t r a f h a f t ist die derzeitige Handhabung der Überwachung des Schriftverkehrs mit Anwälten oder Notaren nicht haltbar. Soweit die bisherige Praxis damit gerechtfertigt wird, daß das besondere Gewaltverhältnis "Strafvollzug" eine a l l s e i - t i g e Beschränkung der Freiheit des Strafgefangenen zur Folge habe, ¹⁴⁵⁾ fußt diese Begründung auf dem Aussperrungsgedanken und ist allen ihm und der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis gegenüber durchgreifenden Bedenken ausgesetzt. ¹⁴⁶⁾ Soweit jedoch § 148 StPO als eine auf die Verteidigerpost bewußt beschränkte, abschließende Regelung für den unüberwachten Schriftverkehr der Strafgefangenen angesehen wird, ¹⁴⁷⁾ erscheint diese Ansicht ebenso verfehlt. Denn abgesehen davon, daß § 148 StPO nur den Sonderfall der V e r t e i d i g e r - post regeln wollte, um eine ungehinderte Rechtsverteidigung des Beschuldigten im Strafverfahren zu gewährleisten, ¹⁴⁸⁾ kann nicht unterstellt werden, der Gesetzgeber habe im Vorgriff auf ein Vollzugsgesetz in § 148 StPO eine Entscheidung darüber treffen wollen, wie der sonstige Schriftverkehr zu behandeln sei.

144) Vgl. dazu den Entwurf einer Verordnung über den unerlaubten Verkehr mit Gefangenen, abgedruckt in: ZfStrVo 67, 234.

145) OLG Saarbrücken JVB1 61, 167; OLG Bremen NJW 63, 1465.

146) Vgl. dazu oben S. 123 ff., 147 ff.

147) Dünnebier, § 148, 2.

148) Zu Recht betonen deshalb OLG Saarbrücken JVB1 61, 167; Tiedemann, NJW 63, 1842 und Greiffenhagen, GA 1964, 243, 245, daß sich hierin die Aussage des § 148 StPO erschöpft.

Für den Strafvollzug ist aber allein entscheidend, ob durch einen ungehinderten Schriftverkehr eine konkrete Gefährdung für die Aufrechterhaltung der Einsperrung bzw. für die Ordnung, insbesondere die Sicherheit in der Anstalt zu befürchten ist. Eine solche Gefährdung muß aber g e n e r e l l für den Verkehr mit einem in der Bundesrepublik zugelassenen Rechtsanwalt oder bestellten Notar verneint werden. ¹⁴⁹⁾

b.) Der Schriftverkehr mit Gerichten, Behörden, Volksvertretungen und der Europäischen Kommission für Menschenrechte

aa.) Untersuchungshaft

Die Frage, ob außer der Verteidigerpost noch sonstiger Schriftverkehr des U-Gefangenen von der Überwachung ausgenommen werden kann oder sogar auszunehmen ist, wird meist nicht gestellt oder generell verneint. ¹⁵⁰⁾

Ob § 119 Abs. 3 StPO tatsächlich die Überwachung auch des Schriftverkehrs mit Gerichten, Behörden, Volksvertretungen und der Europäischen Kommission für Menschenrechte (Art. 25, 26 MRK) zu rechtfertigen vermag, erscheint insbesondere im Hinblick auf Art. 17 GG sehr zweifelhaft. Diese Grundrechtsnorm räumt nämlich j e d e r m a n n das v o r b e h a l t s f r e i e Recht ein, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden. Da zu diesen "zuständigen Stellen" anerkanntermaßen sowohl alle innerstaatlichen Behörden als auch internationale Institutionen zählen, ¹⁵¹⁾ stellt sich die Frage, in-

149) Im Ergebnis, jedoch nur auf die Anwaltschaft beschränkt, Tiedemann, a.a.O. und Bieler, Tagungsberichte III, S. 82 f.

150) Vgl. z.B. Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 28; Müller-Sax (KMR), § 119, 4 b (1); Meyer, MDR 64, 724 f.; Grunau, ZfStrVo 68, 62; KG JR 67, 348. - Anders nur Kreuzer, NJW 67, 2369 f., GA 1968, 243 ff.

151) Mattern, Grundrechte, II, S. 631 f.; v. Mangoldt-Klein, S. 511; Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 55; Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 347.

wieweit Art. 17 GG die an diese Einrichtungen und an die "Volksvertretung" ¹⁵²⁾ gerichteten "P e t i - t i o n e n" schützt.

(a) Nach richtiger Ansicht gewährleistet Art. 17 GG ein subjektiv-öffentliches Recht, das nicht nur ein Forderungsrecht auf Entgegennahme, sachliche Prüfung und Erledigung der Petitionen, sondern insbesondere als Ausfluß des status negativus auch ein a b w e h - r e n d e s F r e i h e i t s r e c h t beinhaltet. ¹⁵³⁾ Denn das seinem Ursprung nach "altliberales Gedankengut" ¹⁵⁴⁾ enthaltende Petitionsrecht kann nur dann als ein "exzeptionelles Notrufrecht jenseits aller formalen Verfahrensrechte" ¹⁵⁵⁾ seinen Zweck wirksam erfüllen, wenn man in ihm auch das Verbot gegenüber dem Staat sieht, das Einbringen von "Petitionen" anderweitig durch präventive oder repressive Eingriffe zu behindern.

Da Art. 17 GG zudem eines der wenigen Grundrechte ist, die mit keinem Gesetzesvorbehalt versehen sind, folgt daraus, daß das Petitionsrecht keinerlei gesetzlichen oder "immanenten Schranken" unterworfen werden kann und darf, es sei denn, es handle sich um "Schranken", die

152) Entgegen einer verbreiteten Ansicht (z.B. Maunz-Dürig, Rdnr. 60 ff.; Mattern, a.a.O., S. 634; OLG Hamburg, v. 15.8.61 - VAs 24/61, zustimmend Altenhain, JZ 66, 22) kann Adressat einer Petition auch die Fraktion oder der einzelne Abgeordnete sein, die die Petition an den Petitionsausschuß weiterzuleiten haben. Dem entspricht der berechtigte Wunsch des Bürgers, sich an "seinen" Abgeordneten zu wenden, dessen freies Mandat durch die Weitergabepflicht nicht beeinträchtigt wird (Dagtoglou, BK, Art. 17, Rdnr. 105 und auch Arndt, NJW 57, 1073).

153) Mattern, a.a.O., S. 628 f.; Hamann, GG, S. 184; Maunz-Dürig, Rdnr. 3; Hans, Rpfleger 62, 436; nur für status positivus, v. Mangoldt-Klein, S. 507; Dagtoglou, BK, Rdnr. 24 f.

154) Mattern, a.a.O., S. 627.

155) Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 45.

sich aus dem Verfassungstext, einer Begriffsinterpretation oder einer unvermeidlichen, sich gegenüber dem geschützten Grundrechtsbereich neutral verhaltenden Nebenfolgeerstreckung eines anderen zulässigen Grundrechtseingriffs ergeben. 156)

Das bedeutet, daß die von einem Gefangenen an eine "zuständige Stelle" oder an eine "Volksvertretung" gerichteten "Bitten" oder "Beschwerden" grundsätzlich weder einer Behinderung in ihrer Vorbereitung noch einer Überwachung oder Zensur unterworfen werden dürfen. Für den Gefangenen ergibt sich das noch insbesondere daraus, daß er in seiner besonderen Lage nicht daran gehindert werden darf, sich auch außerhalb der Mauern bei unabhängigen Institutionen Gehör zu verschaffen. 157)

Soweit sich der Gefangene an die Europäische Kommission für Menschenrechte wendet, folgt zusätzlich aus Art. 25 Abs. 1 S. 2 MRK mit Gesetzeskraft, 158) daß die Ausübung des Anrufrechtes "in keiner Weise", d.h. auch nicht durch Überwachung oder Zensur, behindert werden darf.

(b) Wenn demgegenüber ein Recht auf Überwachung offenbar aus § 119 Abs. 3 StPO hergeleitet wird, 159) so muß dieser Auffassung angesichts der von Art. 17 GG ausgehenden Schutzwirkung schon von vornherein mit größter Skepsis begegnet werden. Diese Skepsis ließe sich nur dann beseitigen, wenn es sich bei dieser Beschränkung des Art. 17 GG um eine unerläßliche Nebenfolge der Einsperrung handelt, d.h. wenn z w i n g e n d e v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h e Gründe tatsächlich eine Überwachung notwendig erscheinen lassen. Solche Gründe können jedoch nicht angeführt werden.

156) Vgl. dazu die grundlegenden Anführungen auf S. 36 f., 44 f., 51 ff.

157) v. Münch, JZ 58, 76; Kreuzer, GA 1968, 244 ff.; OLG Bremen MDR 67, 1025 f.; für psychiatrische Krankenanstalten: Blau, Der Nervenarzt, 1956, S. 128.

158) Vgl. dazu oben S. 73 (75m. Fußn. 345). Verfassungsrang kommt Art. 25 MRK nicht zu, da er sich im III. Abschnitt der MRK befindet.

159) Z.B. KG JR 67, 348.

(aa) Das OLG Hamburg, ¹⁶⁰⁾ das darüber zu befinden hatte, ob der an eine nicht Anklage führende Staatsanwaltschaft gerichtete Brief unüberwacht bleiben könne, rechtfertigte die Kontrolle damit, daß der an ^r i r - g e n d e i n e Behörde gerichtete unüberwachte Brief den Haftzweck oder die Ordnung in der Anstalt z.B. dadurch gefährden k ö n n e , daß er beleidigende oder unwahre Äußerungen oder einen schon frankierten, mit der Bitte um Weiterleitung versehenen Brief enthalten k ö n n e .

Diese Begründung kann in mehrfacher Hinsicht einer Kritik nicht standhalten. Denn abgesehen davon, daß in keiner Weise auf die Problematik des durch kein Gesetz einschränkungsfähigen Art. 17 GG eingegangen wird und insoweit auch eine kritische Auseinandersetzung mit Nr. 34 Abs. 2 UVollzO ¹⁶¹⁾ fehlt, wird hier wiederum, ohne eine ernsthafte Gefährdung im k o n k r e t e n Fall nachzuweisen, die Überwachung mit einer entfernten, unwahrscheinlichen Gefährdungsmöglichkeit begründet, ¹⁶²⁾ die schon gem. § 119 Abs. 3 StPO keine Eingriffsbefugnis verleiht. Bezeichnend für diese unhaltbare Begründung ist dann insbesondere, daß dem Richter von Staats wegen eine Eingriffsbefugnis in das u n e i n g e - s c h r ä n k t e Petitionsrecht deshalb eingeräumt wird, weil den eigenen Bediensteten, in concreto sogar der Staatsanwaltschaft, nicht getraut wird. ¹⁶³⁾

Denn geht man davon aus, daß die ersuchte Behörde sich gemäß den an jede Behörde zu stellenden Anforderungen

160) NJW 67, 1973; zustimmend Grunau, ZfStrVo 68, 61 f.; ebenso KG JR 67, 348, das die Verweigerung der Weiterleitung eines an den Senator für Justiz und an den LGPräsidenten gerichteten verschlossenen Briefes bestätigte.

161) Gem. Nr. 34 Abs. 2 dürfen Eingaben an Gerichte, Justizbehörden und Volksvertretungen in der BRD sowie an die Europäische Kommission für Menschenrechte lediglich nicht angehalten werden; vgl. dazu Grunau, UVollzO, S. 81 f.

162) Vgl. insoweit die Kritik von Kreuzer, NJW 67, 2369 f. und GA 1968, 244.

163) Kreuzer, a.a.O.

verhält, so ist unerfindlich, auf welche Weise der Inhalt des Briefes die von § 119 Abs. 3 StPO geschützten öffentlichen Interessen auch nur in etwa, geschweige denn ernstlich gefährden soll, da der Brief quasi im "Staatsinnenraum" verbleibt. Im übrigen wird man wohl kaum von "Arglosigkeit" des betreffenden Beamten sprechen können, ¹⁶⁴⁾ wenn dieser den in einem Außenumschlag befindlichen, schon frankierten Einlagebrief, sei er mit oder ohne Hinweis auf Weiterleitung, "kurzerhand" an den Adressaten absendet.

(bb) Eine Überwachung kann auch nicht damit begründet werden, der Richter habe zu überprüfen, ob es sich bei der "Petition" um eine "Bitte" oder "Beschwerde" an eine "zuständige Stelle" handele. ¹⁶⁵⁾ Eine solche Prüfungskompetenz steht ihm nämlich nicht zu. Für ihn bestimmt allein § 119 Abs. 3 StPO, unter welchen Gesichtspunkten er dem Untersuchungsgefangenen Beschränkungen auferlegen darf. Eine Gefährdung der dort angeführten "Zwecke" ist aber, wie oben gezeigt, durch Petitionen nicht ersichtlich.

Hinzu kommt, daß nach überwiegend anerkannter und richtiger Ansicht die Zuständigkeit der ersuchten Stelle **n i c h t** Zulässigkeitsvoraussetzung für eine **P e t i t i o n** ist, da nur die ersuchte Behörde kompetent ist, über **i h r e** Zuständigkeit zu entscheiden. Nur diese Regelung vermag dem Schutz des Bürgers, der Entscheidung über die für ihn oft unübersehbare Frage der Zuständigkeitsregelungen enthoben zu sein, zu entsprechen. ¹⁶⁶⁾

164) So aber Grunau, ZfStrVo 68, 62.

165) So aber Grunau, UVollzO, S. 81 f. und wohl auch KG JR 67, 348.

166) Dagtoglou, BK, Art. 17, Rdnr. 46, 106 ff.; Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 64; v. Mangoldt-Klein, S. 510; Mattern, Grundrechte, II, S. 632; OLG Bremen MDR 62, 924; 67, 1025, zustimmend Altenhain, JZ 66, 22; a.A. allerdings OLG Hamburg, v. 26.4.61 - VAS 18/61; OLG Nürnberg JVB1 62, 258.

Wollte man zudem dem Richter die Entscheidung über die umstrittenen Fragen überlassen, ob die Eingabe auch ein "petitum", d.h. eine Bitte, Anregung oder Beschwerde, die im Sinne eines Antrages darauf abzielt, eine Prüfung von Fragen zu veranlassen, ¹⁶⁷⁾ enthält oder ob auch "Petitionen" mit z.B. beleidigendem Inhalt zulässig sind, ¹⁶⁸⁾ dann könnte dem sich häufig in einer psychisch schwierigen Lage befindlichen Gefangenen je nach Entscheidung des Richters die Möglichkeit genommen werden, sich mit einem aus seiner Sicht berechtigten Vorbringen an eine staatliche Instanz außerhalb der Mauern zu wenden. ¹⁶⁹⁾ Jedenfalls ist nicht ersichtlich, welchen Unterschied es machen sollte, ob der Richter oder statt seiner die ersuchte Behörde einen eventuellen Mißbrauch feststellt und gegebenenfalls ahndet.

(cc) Die Überwachung des Schriftverkehrs kann mit Pawlik ¹⁷⁰⁾ auch nicht damit begründet werden, eine Kontrolle und ein Anhalten seien aus dem Gesichtspunkt des Notwehrrechtes zulässig: beleidigende Petitionen dürfen deshalb entgegen Nr. 34 Abs. 2 UVollzO nicht weitergeleitet werden. Diese Auffassung verkennt nämlich einerseits, daß allenfalls den Petitionen, die nur Beleidigungen enthalten, nicht der Schutz des Art. 17 GG zukommt, ¹⁷¹⁾ und andererseits, daß § 53 StGB nicht die Rechtfertigung abgibt, etwaige Notwehrsituationen zu

167) Mattern, a.a.O., S. 630; v. Mangoldt-Klein, S. 509 f.; Dagtoglou, a.a.O., Rdnr. 16 ff.

168) Vgl. zum Streitstand Dagtoglou, a.a.O., Rdnr. 123 ff. und Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 40 ff.

169) Vgl. v. Münch, JZ 58, 76 und Kreuzer, GA 1968, 245.

170) NJW 67, 167 f.

171) So richtig Dagtoglou, a.a.O., Rdnr. 123; Arndt, NJW 57, 1073; Maunz-Dürig, a.a.O., Rdnr. 40 ff.; differenzierend v. Mangoldt-Klein, S. 510 f.; a.A. dagegen, meist ohne nähere Begründung, z.B. Mattern, a.a.O., S. 630; BVerfGE 2, 229. - Eine andere, hier nicht zu entscheidende Frage ist, ob sich der Petent wegen seiner Äußerungen strafbar machen kann, vgl. dazu Dagtoglou, a.a.O., Rdnr. 81, 123 ff. und Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 47 ff.

erkunde.. Denn unerläßliche Voraussetzung für das Vorliegen einer Notwehr- oder Nothilfelage ist ein *ge-
ge n w ä r t i g e r*, d.h. in diesem Fall ein nicht nur vermuteter oder denkbarer Angriff. 172)

Haben sich aber alle Rechtfertigungsversuche als nicht tauglich erwiesen, so ist zu Recht mit Kreuzer 173) die Frage zu stellen, welches andere Ziel eine Kontrolle nunmehr haben sollte, als auf den Gefangenen unzulässigen psychologischen Druck auszuüben, nicht über anstaltsinterne Vorgänge zu berichten.

Festzuhalten bleibt deshalb, daß aus den für eine Überwachung vorgetragenen Gesichtspunkten keine Eingriffsbefugnis in das ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistete Petitionsrecht abgeleitet werden kann.

(c) Es kann dem Untersuchungsgefangenen auch nicht verwehrt werden, sein Petitionsrecht in *G e m e i n -
s c h a f t* mit anderen auszuüben. Legt man nämlich zugrunde, daß der U-Gefangene grundsätzlich mit jedem schriftlich in Verbindung treten darf und daß auch ein Besuchsrecht der U-Gefangenen untereinander besteht, soweit sich aus § 119 Abs. 3 StPO keine Einschränkungen ergeben, 174) dann bestehen keine Bedenken dagegen, daß der Gefangene gemeinsame Petitionen initiiert oder daß er sich an ihnen beteiligt. Möglicher Mißbrauch ist dadurch ausgeschaltet, daß der eine gemeinsame Petition vorbereitende Schriftverkehr wie jeder private Schriftwechsel einer generellen Kontrolle unterliegt, da es sich bei diesen Briefen noch nicht um Eingaben an eine "zuständige Stelle" handelt.

(d) Obwohl nur *a u s g e h e n d e* Briefe, soweit sie Petitionen enthalten, den Schutz des Art. 17 GG ge-

172) Schönke-Schröder, § 53, Rdnr. 37; vgl. auch insoweit die Kritik von Kreuzer, NJW 67, 2370 und GA 1968, 246.

173) NJW 67, 2369; GA 68, 246.

174) OLG Hamburg NJW 65, 364.

nießen, dürften dennoch keine durchgreifenden Bedenken dagegen erhoben werden können, den sonstigen Schriftverkehr mit den von Art. 17 GG erfaßten Institutionen, wie förmliche Verwaltungsbehelfe, Klagen, Rechtsmittel und sonstige Anträge in gerichtlichen Verfahren, von einer generellen Kontrolle auszunehmen, und zwar auch die von diesen Stellen e i n g e h e n d e Post. Insoweit kann zum Sicherheitsrisiko auf obige Ausführungen und auf die zur Verteidigerpost verwiesen werden. 175)

bb.) Strafhaft

Ebenso wie beim U-Gefangenen wird -abgesehen von der Verteidigerpost- der gesamte Schriftverkehr des Strafgefangenen einer generellen Überwachung unterworfen. Als einzige Lockerung der Kontrolle bestimmt Nr. 155 Abs. 3 DVollzO, daß Eingaben an Gerichte, Justizbehörden und Volksvertretungen in der Bundesrepublik sowie an die Europäische Menschenrechtskommission nicht angehalten werden dürfen, der Gefangene jedoch auf eventuelle strafrechtliche Folgen bezüglich des Inhalts hinzuweisen ist. Lediglich Eingaben an die Volksvertretung in der BRD dürfen in einigen Ländern im verschlossenen Umschlag abgegeben werden und unterliegen nicht der Inhaltskontrolle. 176)

175) Insbesondere erscheint die mißbräuchliche Benutzung von Briefumschlägen mit Behördenaufdruck unwahrscheinlich, da wegen der Verwendung einer Frankotypmaschine normal frankierte Briefumschläge von Behörden nicht verwandt werden. Sind insoweit Hinweise auf einen Mißbrauch gegeben, bestehen keine Bedenken, einen solchen Brief zurückzusenden, zu öffnen oder Rücksprache mit der Behörde zu halten. Auch könnte zur Vermeidung des sonst notwendigen Grundrechtseingriffs daran gedacht werden, daß die an Gefangene gerichteten Briefe zusätzlich mit dem Dienstsiegel zu versehen sind.

176) So z.B. in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, vgl. für NRW die AV d. JM v. 30.7.68 - JMBl NRW 68, 181; vgl. auch Rotthaus, JVB1 67, 195 und OLG Hamburg, v. 15.8.61 - VAs 24/61, zitiert bei Altenhain, JZ 67, 22, der jedoch eine jegliche Überwachung für zulässig ansieht, vgl. auch Altenhain, JVB1 62, 197; 65, 269.

Da aber letztere Praxis sogar bei Befürwortern einer umfassenden Vollzugsreform wegen der angewachsenen Zahl von z.T. böswilligen Petitionen auf deutliche Skepsis gestoßen ist, ¹⁷⁷⁾ ergibt sich um so mehr die Notwendigkeit, die für eine Überwachung vorgetragenen Begründungen insoweit zu überprüfen, als für die Strafhaf- z u s ä t z l i c h e ¹⁷⁸⁾ Gesichtspunkte angeführt werden.

(a) Keiner eingehenden Widerlegung bedürfen mehr an dieser Stelle all die Auffassungen, die trotz einer Betonung der Vorbehaltsfreiheit von Art. 17 GG eine Einschränkung des Petitionsrechtes, speziell eine Überwachung des als Petition gekennzeichneten Briefes, aus dem Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses, ¹⁷⁹⁾ dem Strafvollzug als "immanente Schranke", ¹⁸⁰⁾ dem Absper- rungsgedanken ¹⁸¹⁾ oder gar a l l e i n aus der DVollzO ¹⁸²⁾ herleiten. Insoweit kann auf die grundlegenden Ausführungen in den vorausgegangenen Abschnitten verwiesen werden.

(b) Erwägenswerter erscheinen hier nur noch die Überlegungen von Rotthaus, ¹⁸³⁾ der wegen der mit der Überwachung verbundenen Vorteile eine Kontrolle generell für

177) Ruprecht, Tagungsberichte II, S. 84 f.; Bieler, Tagungsberichte III, S. 82.

178) Nicht mehr eingegangen wird hier deshalb auf die Fragen der Überprüfungsnotwendigkeit von Zuständigkeit der angegangenen Behörde, strafbarem oder flucht vorbereitendem Inhalt.

179) Z.B. Dagtoglou, BK, Art. 17, Rdnr. 72; Ule, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 664; f.; BayVerfGH NJW 63, 1774; Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 32.

180) v. Mangoldt-Klein, S. 509; Hans, Rpfleger 62, 436; BayVerfGH a.a.O.

181) Ule, VVdStRL 15 (1957), 138; v. Mangoldt-Klein, S. 509; Maunz-Dürig, a.a.O.; Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 159; Hans, a.a.O.

182) Gahlen, JVB1 63, 125 f.

183) JVB1 67, 195 ff.; vgl. auch ZfStrVo 61, 201 ff. (212).

zulässig ansieht. Indem Rotthaus jedoch gleichzeitig eingesteht, daß die von ihm angeführten Gründe nicht absolut zwingend sind, ¹⁸⁴⁾ übersieht er die verfassungsrechtliche Problematik, nämlich daß für eine zulässige Einschränkung des vorbehaltstfreien Petitionsrechtes z w i n g e n d e verfassungsrechtliche Gesichtspunkte angeführt werden müssen.

So liefert Rotthaus dann auch größtenteils die Argumente, die eine Überwachung in der Praxis ohne Schwierigkeiten entbehrlich machen können: ¹⁸⁵⁾ Zur schnelleren Überprüfung einer Kritik an Anstaltsverhältnissen oder -beamten ist der gegenwärtige dreistufige Berichtsweg in Petitionssachen zu verkürzen; gegenbenenfalls ist eine sofortige Überprüfung an Ort und Stelle vorzunehmen. Um dem Gefangenen behilflich zu sein, nicht sinnlose oder unpräzise Anträge einzureichen und Ordnung in seine Rechtsangelegenheiten zu bringen, sollte dem Gefangenen auf Wunsch Rat erteilt werden; auf einem Merkblatt kann er auf die Folgen aufmerksam gemacht werden, die sich z.B. aus einem beleidigenden Briefinhalt ergeben können. Auch sollte der Gefangene darauf hingewiesen werden, daß zur Beschleunigung von förmlichen Rechtsbehelfen -die nicht unter Art. 17 GG zu subsumieren sind und eine Stellungnahme der Anstalt erfordern- diese zweckmäßigerweise und im Interesse des Gefangenen unverschlossen abgegeben werden sollten. ¹⁸⁶⁾

Die Begründung, daß durch die Überwachung auch in Form von Behördenbriefen eingehende, den Gefangenen stark beunruhigende Nachrichten, wie Todesfälle oder Erkrankung-

184) JVB1 67, 195 f., 199.

185) Vgl. dort S. 196, 197, 198 m. Anm. 8. - Zugestanden werden muß ihm allerdings, daß bei der gegenwärtigen Undifferenziertheit des Strafvollzuges einer generellen Freigabe erhöhte Schwierigkeiten entgegengesetzt sind.

186) Insofern ist es vertretbar, daß Rechtsbehelfe generell im unverschlossenen Umschlag abgegeben werden.

gen von Angehörigen, ungünstige Ausgänge von Prozessen oder Fortgang anderer Strafverfahren, erfahren werden können, so daß eventuellen Kurzschlußhandlungen der Gefangenen begegnet werden könne, vermag auch nicht zu überzeugen. Denn solche Nachrichten sind entweder in überwachten Privatbriefen, noch häufiger aber in ohnehin unüberwachten Briefen von Anwälten enthalten. Sollten dennoch in behördlichen Briefen solche Mitteilungen enthalten sein, so kann die Anstalt durch Abschriften oder Durchschriften genauso rechtzeitig benachrichtigt werden, ohne daß es eines Eingriffs in das Briefgeheimnis bedürfte.

Zudem wird, wie auch Rotthaus einräumen muß, ¹⁸⁷⁾ ein Verzicht auf die Zensur insgesamt gesehen eine merkliche Entlastung des Anstaltspersonals und nur eine kaum spürbare Belastung anderer Stellen zur Folge haben, da die in Nr. 149 Abs. 1 S. 1 DVollzO aufgeführten, der Kontrolle unterliegenden Briefe schon nach der gegenwärtigen Regelung weitergeleitet werden und die Strafgefangenen nicht einmal 1 % der Bevölkerung ausmachen.

(c) Zweifelhafter als bei der U-Haft erscheint die Frage, ob Strafgefangene das Petitionsrecht auch *gemeinsam* ausüben dürfen. Diese wird überwiegend, obwohl Art. 17 GG ausdrücklich gemeinschaftliche Petitionen gewährleistet, mit der Begründung verneint, der Vollzugszweck verbiete es, das Petitionsrecht zu einem "Palaverrecht" zwischen Zellennachbarn werden zu lassen und unter dem Vorwand des Petitionsrechtes Kontakt mit der Außenwelt aufzunehmen. ¹⁸⁸⁾

Dieser auf dem ohnehin nicht aufrechtzuerhaltenden Absperrungsgedanken beruhenden Argumentation muß jedoch

187) JVBl 67, 198/9.

188) So ausdrücklich Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 32; ebenso Hans, Rpfleger 62, 436; Ule, VVdStRL 15 (1957), 138 und im übrigen die auf S. 10, Fußn. 10 und 11 angegebene Literatur; vgl. auch Dagtoglou, BK, Art. 17, Rdnr. 72 f.

im Hinblick auf die Situation des Strafgefangenen und auf die Rechtsnatur des Petitionsrechtes als *N o t - r u f r e c h t* die Anerkennung versagt werden. Mit Recht betont nämlich v. Münch,¹⁸⁹⁾ daß das Strafvollzugsverhältnis leicht im Gefangenen das Gefühl aufkommen läßt, isoliert zu sein und wegen einer Petition Repressalien befürchten zu müssen, gegen die er sich, anders als ein freier Mensch, allein nicht zu wehren vermag. Der Gefangene hat ein begründetes Interesse daran - die Beispiele der "Klingelpützaffäre" und der Hamburger "Glocke" beweisen es hinlänglich -, Petitionen nicht nur unüberwacht, sondern auch mit dem größeren Gewicht der Personenmehrheit einzureichen. Sicherheitsgesichtspunkten ist dadurch Genüge getan, daß der vorbereitende Schriftverkehr wie jeder andere private einer Überwachung unterliegt.¹⁹⁰⁾ Auch besteht durch die Unterbringung in Gemeinschaftszellen und den Aufenthalt in Gemeinschaftsräumen und am Arbeitsplatz in vielfältiger Weise die faktische Möglichkeit, eine Petition vorzubereiten, ohne daß hierdurch die Gefahr einer Rebellion oder Aufhebung der Einsperrung zu befürchten wäre.¹⁹¹⁾

Der Einwand, mit der verschlossenen Abgabe sei die Anzahl der häufig sogar böswilligen Petitionen schlagartig gestiegen, beweist doch nur, daß gerade das Petitionsrecht von den Strafgefangenen als ein wichtiges Beschwerdemittel angesehen wird, das jedoch in dem Maße

189) JZ 58, 76; im Ergebnis ebenso Röhl, JZ 54, 66; Hamann, GG, Art. 17, 2; Spannagel, S. 105; wohl auch Tiedemann, Rechtsstellung, S. 161 f. und Nr. 36 der "Mindestgrundsätze" der UN für die Behandlung der Gefangenen.

190) Vgl. OLG Hamburg, v. 15.5.61 - Ws 327/60, zitiert bei Grunau, ZfStrVo 64, 75.

191) v. Münch, JZ 58, 76, Fußn. 50; eine solche Gefahr befürchtet offenbar aber Dürig, a.a.O.

an Bedeutung verlieren wird -und sogar schon verloren hat-,¹⁹²⁾ in dem sich die tatsächliche und rechtliche Stellung des Strafgefangenen bessert. Die Gefahr querulatorischer Eingaben, die schon nach der Regelung der DVollzO weiterzuleiten sind, ist jedenfalls kein Grund, alle Gefangenen einer Überwachung zu unterwerfen und durch eine das uneingeschränkte Petitionsrecht verletzende Kontrolle einen psychologischen Druck auszuüben.

VI. Die Inhaltskontrolle

Die Durchführung der Inhaltskontrolle und die Bestimmung der Kriterien, die ein Anhalten bzw. sogar eine Beschlagnahme des Briefes rechtfertigen, gehören zu den schwierigsten und umstrittensten Fragen, die im Rahmen der Postkontrolle nach einer Antwort verlangen. Der Grund für diese Schwierigkeit liegt darin, daß die Vielzahl der möglichen, aber jeweils konkret zu entscheidenden Fälle an die Kontrollperson hohe Anforderungen stellt, eine Wertung dahingehend vorzunehmen, ob irgendwelche schutzwürdigen, meist nur in abstrakte Begriffe zu fassende öffentlichen Interessen derart gefährdet sind, daß eine Beförderung der Post selbst unter Berücksichtigung eines weitgehenden Individualschutzes nicht verantwortet werden kann. Nur zu leicht besteht deshalb die Gefahr, daß, um ein jegliches, im Interesse der Freiheit einzugehendes Risiko auszuschalten, allgemeine Ordnungsgesichtspunkte in den Vordergrund gestellt werden, um der schwierigeren Frage nach der Geltungskraft der Freiheitsrechte auszuweichen.

Im folgenden soll deshalb der Versuch unternommen werden, unter Anlegung der zuvor aufgezeigten verfassungs-

192) Vgl. die Äußerung des Justizministers Neuberger, in: Ruhr-Nachrichten v. 3.9.68, daß mit Verbesserung der Anstaltsverhältnisse auch die Anzahl der Petitionen zurückgegangen sei.

rechtlichen Schranken die Fälle herauszukristallisieren, in denen ein Zurücktreten des Freiheitsinteresses zu rechtfertigen ist. Verkannt werden soll dabei nicht, daß auch einer Kasuistik Grenzen gesetzt sind, weil der Vollzugsverwaltung bei der Erfassung und Entgegnung möglicher Gefährdungen in vertretbarer Weise Spielraum belassen werden muß.

1. Unleserlicher oder unverständlicher Inhalt

Unproblematisch ist, daß Briefe, wenn sie unleserlich, in einer Kurzschrift oder in sonst unverständlicher Weise geschrieben sind, zu beanstanden sind; sowohl für die Untersuchungs- als auch für die Strafhaft kann eine Beförderung abgelehnt werden (vgl. Nr. 34 Abs. 1 Ziff. 1 UVollzO; Nr. 151 Abs. 4 S. 1 und 2 DVollzO).¹⁹³⁾

Entgegen Nr. 153 Abs. 1 S. 3 DVollzO werden allerdings die Kosten einer eventuell notwendigen Übersetzung dann nicht mehr auf den Gefangenen abgewälzt werden können, wenn er der deutschen Sprache nicht mächtig ist.¹⁹⁴⁾ Dies darf nicht nur für die Korrespondenz mit Angehörigen oder in dringenden geschäftlichen Angelegenheiten, sondern muß auch für die übrige Post gelten, da auch deren Zensur zur Behördenaufgabe zählt. Eine Belastung des sprachunkundigen Ausländers mit den Kosten der Übersetzung würde zudem gegenüber den übrigen Gefangenen eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung bedeuten. Allenfalls dann, wenn der Umfang des Briefwechsels ein zumutbares Maß überschritten hat, wird man eine Kostenübernahme ablehnen können.

2. Gegen die Einsperrung und die Sicherheit der Anstalt gerichteter Inhalt

Unproblematisch sind auch die Fälle, in denen die Post

193) Vgl. dazu im einzelnen v. Engelbrechten, DRiZ 59, 239.

194) So andeutungsweise schon OLG Hamburg JVB1 63, 101 und Bieler, Tagungsberichte III, S.83.

Hinweise auf Fluchtvorbereitungen enthält. Diese können z.B. in konkreten Ratschlägen, Aufforderungen zum Ausbruch, Bitten um Mithilfe und Aufnahme nach gelungener Flucht, Aufforderung zum Aufruhr oder in Übersendung von Ausbruchswerkzeugen bestehen. Ein solcher Inhalt rechtfertigt gleichermaßen ein Anhalten, da er gegen das Wesen des Freiheitsentzuges, nämlich die Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit, gerichtet ist.

Schwieriger erscheint im Hinblick auf die meist mit dem beanstandeten Inhalt im Zusammenhang stehende Meinungsäußerung die rechtliche Begründung für diese Einschränkung, da die Meinungsfreiheit ihre Schranken nur in den "allgemeinen Gesetzen" finden darf (Art. 5 Abs. 2 GG).

Eindeutig dürften die Fälle sein, in denen die Briefe nur Pläne und Tatsachen enthalten, da diesen mangels einer wertenden Stellungnahme zu einem äußeren Vorgang die Qualität einer Meinungsäußerung abzusprechen ist.¹⁹⁵⁾ Soweit aber der Briefinhalt Ausbruchsversuche, Meutereien oder schwere Aufsässigkeiten propagiert, also eine Meinungsäußerung darstellt, ist eine Beschränkung dann zweifelhaft, wenn sie nicht die Tatbestände der §§ 120 ff. StGB erfüllt.¹⁹⁶⁾ Dennoch dürfte eine Zensur noch im Rahmen der "allgemeinen Gesetze" liegen. Eine Unterdrückung dieser Meinungen dient nämlich "dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes":¹⁹⁷⁾ der

195) Ridder, Grundrechte, II, S. 264; v. Mangoldt-Klein, S. 239; Wernicke, BK, Art. 5, II, 1b.

196) v. Münch, JZ 58, 74, hält eine Beschränkung in diesen Fällen wegen Verstoßes gegen die Anstaltsordnung für zulässig; Spannagel, S. 103 f., dagegen ist der Auffassung, daß eine solche Beschränkung nicht auf "allgemeinen Gesetzen" beruht.

197) Wernicke, a.a.O., II, 2 b m.w.Nachw. für die Auslegung des Begriffes "allgemein" seit der WV.

verfassungsrechtlich anerkannten "Einsperrung" und der zu ihrer Aufrechterhaltung erforderlichen Maßnahmen. Es liegt kein gezielter, frontaler, in die Freiheit geistiger Auseinandersetzung einbrechender Eingriff vor, sondern nur eine unvermeidliche Beeinträchtigung bei der Verfolgung eines anderen, verfassungsrechtlich geschützten Zieles. 198)

Entgegen einer bislang geübten, aber mehr und mehr großzügiger gehandhabten Praxis wird die Zensur und das Heraus-schneiden von **Z e i t u n g s a r t i k e l n**, die über gelungene oder mißglückte Ausbruchsversuche oder raffinierte Gefangenenbefreiungen berichten, nicht mehr zu rechtfertigen sein. Wenn in solchen Berichten eine aktuelle Gefährdung der Anstaltssicherheit gesehen wird, 199) so ist dem entgegenzuhalten, daß die Gefangenen, die auszubrechen beabsichtigen, auf solche Zeitungsartikel nicht, dagegen vielmehr auf die Hilfe von außen, eine Unachtsamkeit des Anstaltspersonals oder die Unzulänglichkeit der sonstigen Einsperrungs- und notwendigen Absperrungsmaßnahmen angewiesen sind. Zudem können neuinhaftierte oder außerhalb der Anstalt arbeitende Gefangene solche Mitteilungen ohnehin einschleusen, so daß eine solche, nicht selten eine Beunruhigung unter den Gefangenen auslösende überängstliche und die Informationsfreiheit beeinträchtigende Zensur insgesamt als ein untaugliches Mittel anzusehen ist.

Eine Zensur wird lediglich in den Fällen zulässig sein, in denen in einer Zeitung oder Illustrierten z.B. ausführlich über die Greuelthaten eines Mitinhaftierten be-

198) Vgl. dazu grundlegend oben S. 44 ff., 51 ff. und für Art. 5 GG, Zippelius, in: Ev. Staatslexikon, Sp. 1300.

199) OLG Hamburg GA 1967, 374; NJW 65, 2361 (Befreiung der Londoner Posträuber); dagegen mit Recht Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 32.

richtet wird, da dies nicht selten zu rabiaterm Verhalten der Mitgefangenen gegenüber dem Betroffenen führt, was wiederum eine nicht unerhebliche Störung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt darstellen würde.²⁰⁰⁾ Nicht berechtigt ist dagegen das Herausschneiden von Gerichtsberichten, die in dieser Beziehung keinen Anlaß zur Beanstandung liefern.²⁰¹⁾

3. Beeinträchtigung des Strafverfahrens

a.) Nr. 34 Abs. 1 Ziff. 2 UVollzO bestimmt für die *U n t e r s u c h u n g s h a f t*, daß Briefe dann beanstandet werden können, wenn die Weitergabe das Strafverfahren beeinträchtigen könnte. Gegen diese Formulierung sind jedoch berechtigte Bedenken zu erheben, da sie, gemessen an rechtsstaatlichen Anforderungen, zu unbestimmt und zu weitgehend ist.²⁰²⁾ Das beweisen die Ausführungen von v. Engelbrechten,²⁰³⁾ der von dieser Bestimmung auch die Fälle als erfaßt ansieht, in denen der Inhalt des Briefes sich mit dem Gegenstand der Untersuchung befaßt oder der Häftling sich als unschuldig im Sinne des Haftbefehls bezeichnet.

Diese auf Nr. 34 Abs. 1 Ziff. 2 UVollzO gegründete Auffassung ist abzulehnen. Sie führt nämlich zu einer erheblichen Verkürzung und Erschwerung der ohnehin durch die Inhaftierung beschränkten Verteidigung des U-Gefangenen. Ihm muß es solange unbelassen bleiben, sich gegen die ihm zur Last gelegten Vorwürfe zu verteidigen, als er

200) Vgl. Tagungsberichte III, S. 16.

201) Vgl. Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 32 mit Nachw.; vgl. auch Schorn, JR 67, 450.

202) Dünnebier, § 119, III, 6; H. Schmidt, SchlHA 64, 276.

203) DRiZ 59, 239; wohl auch Grunau, UVollzO, S. 79; ausdrücklich a.A. jedoch OLG Oldenburg, v. 29.4.65 - 3 Ws 73/65; OLG Hamburg MDR 66, 168; Dünnebier, a. a.O.; Baumann, DRiZ 59, 380.

nicht konkrete Verdunklungsversuche unternimmt, d.h. die Wahrheitsermittlung zu gefährden oder sonstwie den Sachverhalt zu verdunkeln beabsichtigt. 204) So lange der Inhaftierte nicht versucht, Spuren der Tat oder andere Beweismittel zu vernichten oder Zeugen oder Mitbeschuldigte zu beeinflussen, darf ein Brief nicht angehalten werden. Der U-Gefangene muß sich auch brieflich Beweismittel für seine Verteidigung beschaffen 205) oder gutachtliche Äußerungen einholen können. 206) Bei der Kontrolle sollte der Richter im Interesse der Rechtsverteidigung nicht kleinlich verfahren, vor allem dann nicht, wenn die Anklage schon erhoben 207) oder das Strafverfahren bereits durch Urteil der Tatsacheninstanz abgeschlossen ist. 208)

Unter obigen Gesichtspunkten läßt sich dann auch in engen Grenzen die Zensur von Z e i t u n g e n rechtfertigen. Berichte, die z.B. Mitteilungen über die Verhaftung von Mittätern oder über den sonstigen Fortgang des Ermittlungsverfahrens enthalten, dürfen dem U-Gefangenen vorenthalten werden, da er sich andernfalls in einer die Wahrheitsermittlung beeinträchtigenden Weise in seiner Verteidigung einrichten könnte. Bei der Zensur ist jedoch darauf zu achten, daß eine Schwärzung des Textes, wenn sie ihn unkenntlich oder unleserlich zu machen in der Lage ist, einem Herausschneiden als das mildere Mittel vorzuziehen ist. 209)

b.) Diese Grundsätze müssen auch für den S t r a f -

204) OLG Hamburg a.a.O., Leitsatz 2.

205) Vgl. OLG Bremen NJW 62, 649.

206) Vgl. OLG Bremen MDR 60, 603.

207) Grunau, UVollzO, S. 79.

208) OLG Hamburg MDR 66, 168.

209) Anders wohl OLG Hamburg, v. 14.4.66 - VAs 78/64 und OLG Schleswig, v. 28.3.66 - 2 VAs 1/66, die ein Schwärzen oder Überkleben für technisch nicht durchführbar halten.

g e f a n g e n e n gelten, der in Unterbrechung der Untersuchungshaft in einer anderen Sache eine Gefängnisstrafe verbüßt. Bei der Zensur seiner Post ist nämlich zu berücksichtigen, daß in § 119 Abs. 3 StPO die a u s d r ü c k l i c h e gesetzliche Grundlage für Grundrechtsbeschränkungen enthalten ist, denen ein Häftling im Hinblick auf die Sicherung des Strafverfahrens unterworfen werden darf. Für die Anordnung solcher Beschränkungen, also insbesondere der Briefüberwachung, die eine Beschränkung des Grundrechts, seine Meinung in Wort und Schrift frei zu äußern, darstellt, ist deshalb allein der R i c h t e r , und nicht der Anstaltsleiter befugt.²¹⁰⁾ Soll dem Strafgefangenen in dieser Hinsicht eine Beschränkung aufgelegt werden, so ist eine solche nur bei gleichzeitiger Anordnung der U-Haft oder während der Verbüßung der Strafhaft nur auf Grund richterlicher Anordnung zulässig, da nur der Richter anhand der Straftaten weiß, ob und gegebenenfalls wie lange Verdunklungsgefahr besteht.²¹¹⁾ Nur auf diese Weise kann vermieden werden, daß in weiterem Umfange in Grundrechte eingegriffen wird, als es nach Sachlage geboten und daher rechtlich zulässig ist.

4. Briefe mit strafbarem, insbesondere beleidigendem Inhalt

Einer der umstrittensten, weil sowohl tatsächlich als auch rechtlich schwer zu entscheidenden Fragen bei der Überwachung des Briefverkehrs ist, ob, wie Nr. 34 Abs. 1 Ziff. 3 UVollzO und Nr. 155 Abs. 2 S. 1 DVollzO bestimmen, Briefe mit beleidigendem oder sonst strafbarem Inhalt angehalten werden dürfen. Bezeichnenderweise wird die Diskussion um diesen Fragenkomplex fast ausschließlich für den Bereich der U-Haft geführt. Das ist wohl darauf zurückzuführen, daß sich gerade der U-Gefan-

210) OLG Hamburg NJW 68, 1641, im Anschluß an BVerfG NJW 63, 755.

211) OLG Hamburg NJW 68, 1642 = JZ 68, 674.

gene zu Unrecht eingesperrt und in seinen Rechten verletzt fühlt, so daß er, nicht selten noch unter der psychischen Schockwirkung der plötzlichen Inhaftierung stehend, in dem Richter oder den Strafverfolgungsbehörden seine persönlichen Feinde wittert und ihnen oft sachfremde Erwägungen unterstellt - was gerade in den Briefen zum Ausdruck kommt.

Angesichts dieser Situation läßt sich dann auch erklären, daß zu diesem Problemkreis die verschiedensten, zum Teil diametral entgegengesetzten Ansichten vertreten werden. Diese gilt es auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.

a.) Untersuchungshaft

aa.) Abzulehnen ist die Auffassung, die eine Anhaltebefugnis und -pflicht für die U-Haft damit zu begründen sucht, daß die Weiterleitung von Briefen mit strafbarem -insbesondere beleidigendem- Inhalt die Ordnung in der Anstalt gefährde (§ 119 Abs. 3 StPO). In der Erkenntnis, daß allein durch diese Briefe die Ordnung in der Anstalt nicht unmittelbar gefährdet wird, läßt man, obwohl in Grundrechte nur bei einer ernsthaften, konkreten, d.h. unmittelbar durch die Grundrechtsbetätigung entstehenden Gefährdung schutzwürdiger Güter eingegriffen werden darf, auch eine m i t t e l b a r e Gefährdung ausreichen. Diese wird meist darin gesehen, daß erfahrungsgemäß solche Briefe mit Zellengenossen besprochen werden und daß eine Nichtbeanstandung des Inhalts bei unkritischen Gefangenen Anlaß zu Widersetzlichkeiten geben könnte. 212)

Gegen diese Ansicht ist mit Recht vorgetragen worden, daß sich mit dieser weiten, nur auf umständlichem, manch-

212) Kleinknecht, JZ 53, 533; 61, 266; Dünnebier, § 119, III, 6; OLG Bremen MDR 56, 246; JZ 61, 265; OLG Hamm JMB1 NRW 54, 32; 64, 247; OLG Hamburg GA 1965, 315; OLG Celle JZ 64, 428; KG JR 67, 348.

mal geradezu halsbrecherischem Wege und unter Loslösung vom konkreten Fall gewonnenen Auslegung des Begriffes "Ordnung in der Anstalt" praktisch jedes gewünschte Ergebnis begründen läßt. ²¹³⁾ Die Durchsichtigkeit der Argumentation, daß ein Weiterleiten des zu beanstandenden Briefes zu Aufsässigkeiten führen könne, wird schon daran deutlich, daß vielmehr ein Anhalten nicht selten geeignet ist, über die mögliche Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen eine Unruhe unter den Gefangenen zu fördern. Zudem kann eine solche Gefährdung ebenso gut dadurch entstehen, daß ein Gefangener behauptet, ein -tatsächlich nicht- beleidigender Brief sei der Zensur entgangen. Die an diesen Beispielen offenkundig gewordene Schwäche der Begründung wird zwar neuerdings auch von den Vertretern dieser Auffassung nicht mehr übersehen. Dennoch wird weiterhin grundsätzlich an ihr festgehalten, und der Kritik glaubt man dadurch standhalten zu können, daß eine mittelbare Gefährdung nur noch bei einer offen zu Tage tretenden Beleidigungsabsicht, dagegen nicht mehr bei solchen Äußerungen bejaht wird, die so allgemein gehalten sind, daß sie nur als Unmutsäußerung eines Verurteilten aufgefaßt werden können. ²¹⁴⁾

Diese Auffassung, die schon eher die dem U-Gefangenen grundsätzlich einzuräumende Freiheit und dessen psychische Lage berücksichtigt, verdeckt aber nach wie vor die Einsicht, daß ein Anhalten beleidigender Briefe nicht auf § 119 Abs. 3 StPO gestützt werden kann.

bb.) Zu einer Nichtanwendbarkeit des § 119 Abs. 3 StPO kommt auch insbesondere B a u m a n n ²¹⁵⁾ mit der

213) Meyer, MDR 64, 725; Pawlik, NJW 67, 168; Evers, JZ 64, 429; Kreuzer, GA 1968, 437; kritisch auch OLG Celle NJW 68, 1343.

214) OLG Bremen JZ 61, 265; OLG Hamburg, MDR 65, 597; wohl auch H. Schmidt, SchlHA 64, 276; v. Engelbrechten, DRiZ 59, 239.

215) DRiZ 59, 380; ebenso Arndt, NJW 64, 855.

Begründung, daß, solange Nichtinhaftierte die F r e i -
h e i t haben, sich durch Verfassen beleidigender Brie-
fe strafbar zu machen, das auch dem Untersuchungsgefän-
genen nicht verwehrt werden könne; die Untersuchungs-
haftanstalt sei keine Ehreenschutzbehörde.

Die hiergegen und gegen eine insgesamt großzügigere Hand-
habung der Zensur gerichtete Kritik, ²¹⁶⁾ durch ein
Nichtbeanstanden werde dem Gefangenen ein "Recht" auf
Beleidigung bescheinigt, verkennt, daß hier nur von
einer Freiheit, im Sinne einer bloßen Möglichkeit, sich
durch Beleidigungen strafbar machen zu können, gespro-
chen wird. ²¹⁷⁾

Zweifelhaft ist dagegen, ob, wie Baumann zu bejahen
scheint, über § 119 Abs. 3 StPO hinaus tatsächlich kei-
ne rechtliche Befugnis besteht, Briefe mit beleidigendem
oder sonst strafbarem Inhalt anzuhalten. Die in der Li-
teratur und Rechtsprechung angedeuteten Lösungsversuche
können jedoch nicht außer acht gelassen werden und be-
dürfen einer Überprüfung.

cc.) Zur Rechtfertigung kann nicht auf das b e s o n -
d e r e G e w a l t v e r h ä l t n i s "Strafvoll-
zug" zurückgegriffen werden, das, wie Meyer ²¹⁸⁾ meint,
die erfreuliche Nebenwirkung habe, daß wegen der Einwir-
kungsmöglichkeit auf den U-Gefangenen er auch durch die
zulässige Briefkontrolle an der Begehung von Straftaten
durch die Versendung von Briefen gehindert werden könne.

Abgesehen von den gegen die Lehre vom besonderen Gewalt-
verhältnis grundsätzlich vorgetragenen Bedenken spricht
gegen diese Auffassung, daß die s p e z i e l l e

216) Meyer, MDR 64, 725; JR 65, 395; Pawlik, NJW 67,
168.

217) Kreuzer, GA 1968, 237.

218) MDR 64, 725.

Regelung des § 119 Abs. 3 StPO für die U-Haft einen Rückgriff auf das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses verbietet. Auch gibt es keinen Rechtssatz, daß gezwungen werden könne, sich straffrei zu führen, wer sich in einem besonderen Gewaltverhältnis befindet.²¹⁹⁾ Bedenkt man darüber hinaus, daß schon mit Lesen des Briefes durch den Richter eine darin eventuell enthaltene Beleidigung vollendet -und damit eine Straftat begangen worden ist-,²²⁰⁾ so muß dieser Lösungsversuch als gänzlich verfehlt angesehen werden.

dd.) Einen eigenwilligen Weg zur Begründung einer Anhaltebefugnis begeht das OLG Hamm.²²¹⁾ Einer Entscheidung der Fragen, ob ein Brief allein wegen seines beleidigenden Inhalts oder schon wegen einer mittelbaren Gefährdung der Ordnung in der Anstalt angehalten werden darf, sucht es dadurch zu entgehen, daß es auf die Kontrolle den allgemeinen Verwaltungsgrundsatz anwendet, daß Schreiben an eine Behörde dann u n b e a r b e i t e t bleiben könnten, wenn sie objektiv gesehen aus der Sicht eines verständigen Menschen grobe Beleidigungen dieser Behörde enthalten.

Wenn sich das OLG dabei auf eine seine Auffassung nicht bestätigende Stelle bei Dürig²²²⁾ und auf eine schon für das Petitionsrecht umstrittene Entscheidung des BVerfG²²³⁾ beruft, so kann dieser Auffassung auch wegen der mit ihr verbundenen Konsequenzen nicht beigegeben werden. Würde nämlich ein solcher Verwaltungs-

219) Dünnebier, § 119, III, 6; zustimmend Kreuzer, NJW 67 2369 f.; GA 1968, 240.

220) Vgl. Schönke-Schröder, § 185, Rdnr. 19.

221) NJW 66, 1722.

222) Maunz-Dürig, Art. 17, Rdnr. 45.

223) BVerfGE 2, 225, 229; vgl. dazu schon oben S. 197 m. Fußn. 171.

grundsatz in dieser Allgemeinheit tatsächlich bestehen, so würde das dazu führen, daß z.B. Strafanzeigen, Klage-, Berufs- und Beschwerdeschriften, sobald sie Beleidigungen enthalten, unbearbeitet blieben. ²²⁴⁾ Die Briefkontrolle ist aber eine dem Richter im öffentlichen Interesse obliegende Pflicht, der er sich nicht, ohne sich dem Vorwurf einer Amtspflichtverletzung auszusetzen, durch ein Unterbrechen der Lektüre und eine Ablehnung der Bearbeitung entziehen kann. Insofern erscheint die den angefochtenen Beschluß des LG bestätigende Entscheidung des OLG auch inkonsequent, da in dem zu entscheidenden Fall gerade von der Kontrolle Gebrauch gemacht und nicht untätig geblieben worden war. ²²⁵⁾ Zudem geht diese Entscheidung, worauf Kreuzer ²²⁶⁾ zutreffend hingewiesen hat, von der weiteren falschen Voraussetzung aus, daß jeder Brief, selbst wenn er an Private gerichtet ist, einer Eingabe an eine Behörde gleichgestellt wird. Der Richter hat aber lediglich unter den Voraussetzungen des § 119 Abs. 3 StPO eine begrenzte Kontrollbefugnis, die ihn nicht zu einer mit weiteren Prüfungskompetenzen ausgestatteten Empfangsbehörde werden läßt.

ee.) Nicht selten wird die Ansicht vertreten, dem die Kontrolle durchführenden Richter könne aus Gründen der Selbstentwürdigung und Selbstentäußerung nicht zugemutet werden, die Absendung eines Briefes zu genehmigen, mittels dessen der Absender eine strafbare Handlung zu begehen beabsichtige. ²²⁷⁾

Bei dieser Argumentation wird allerdings nicht immer ganz klar, ob die U n z u m u t b a r k e i t als selbständiger Einschränkungsground oder nur als ein zu-

224) Pawlik, NJW 67, 168; Kreuzer, GA 1968, 239.

225) Pawlik, a.a.O.

226) A.a.O.

227) OLG Hamm JMB1 NRW 54, 32; NJW 66, 1722; OLG Bremen JZ 61, 265 mit Hinweisen auf Entscheidungen gleichen Inhalts; Dallinger, MDR 51, 122; Schorn, JR 67, 451.

sätzliches, auf die besondere Stellung des Richters bei der Kontrolle bezogenes Argument dient, in dem die weit verbreitete These anklingt, der Richter mache sich mit Weiterleitung des Briefes wegen *Beihilfe* (§ 49 StGB) strafbar. 228)

(a) Soweit die *Unzumutbarkeit* tatsächlich als selbständiger Eingriffsgrund dienen soll, ist dieser These mit Recht entgegengehalten worden, sie schaffe in fragwürdiger Weise über die *Gesetzliche Eingriffsbefugnis* des § 119 Abs. 3 StPO hinaus eine ungeschriebene und deshalb gegen das Prinzip des Gesetzesvorbehalts verstoßende Grundlage zur Einschränkung der Grundrechte in Art. 5 und 10 GG. 229)

(b) Soweit mit dieser Ansicht der von Dallinger ²³⁰⁾ begründeten These beigetreten werden soll, der Haftrichter sei *verpflichtet*, jeden Brief mit strafbarem Inhalt anzuhalten, da er sich andernfalls wegen *Beihilfe* strafbar mache, muß dieser Ansicht deshalb widersprochen werden, weil sie die Stellung des Richters innerhalb der Briefzensur mißdeutet. ²³¹⁾ Wegen Beihilfe könnte der Richter sich nämlich nur dann strafbar machen, wenn er in den Vorgang der Weiterleitung *aktiv* eingeschaltet wäre. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr fungiert der Richter, wie Kreuzer ²³²⁾ richtig feststellt, weit eher als Bremse denn als Motor

228) Kleinknecht, JZ 53, 533; Meyer, MDR 64, 725 f.; JR 65, 395; Grunau, DRiZ 60, 396; OLG Köln MDR 53, 570; OLG Hamm JMBI NRW 54, 32; Pawlik, NJW 67, 168 rSp, anders lSp unter 3; einschränkend Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 28.

229) Kreuzer, GA 1968, 238; Kleinknecht, JZ 61, 266; Schwarz-Kleinknecht, § 119, 4; Evers, JZ 64, 429; H. Schmidt, SchlHA 64, 277.

230) MDR 51, 122.

231) Kleinknecht, a.a.O.; Evers, a.a.O.; Schorn, JZ 67, 451; Dünnebier, § 119, III, 6; Kreuzer, GA 1968, 241; vgl. auch OLG Hamm JMBI NRW 64, 247; OLG Hamburg JR 65, 394.

232) A.a.O.

der Briefbeförderung. Seine Aufgabe ist allein die eines Kontroll- und Überwachungsorgans, das den Inhalt, ohne sich mit ihm zu identifizieren, lediglich auf die in § 119 Abs. 3 StPO genannten öffentlichen Interessen hin überprüft und zu einer Weiterleitung verpflichtet ist, wenn insoweit kein Beanstandungsgrund ersichtlich ist.²³³⁾ Das bedeutet aber strafrechtlich, daß der Richter allenfalls eine Beihilfe durch Unterlassen der Beanstandung begehen könnte, wenn für ein Tätigwerden eine Rechtspflicht bestehen würde. Eine solche ist jedoch nicht ersichtlich. Wollte man sie aus § 119 Abs. 3 StPO herleiten, so hieße das nicht mehr, als daß eine Beihilfe nur dann in Frage käme, wenn eine der dort begründeten Pflichten verletzt worden ist.^{234) 235)}

Die Unzulänglichkeit dieser These verdeutlicht sich insbesondere daran, daß der zensierende Richter in den Fällen, in denen die Beleidigung gegen ihn gerichtet ist, er bei Richtigkeit dieser These Beihilfe zu einer gegen sich selbst gerichteten und schon mit Kenntnisnahme vollendeten Straftat begehen müßte.²³⁶⁾

ff.) Als Rechtfertigung für ein Anhalten von Briefen mit strafbarem Inhalt kommt, wie in der Diskussion erst spät erkannt wurde,²³⁷⁾ allein das **N o t w e h r -** bzw. **N o t h i l f e r e c h t** des § 53 StGB näher in Betracht.

(a) Gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 53

233) Vgl. Dünnebieber, a.a.O.; OLG Hamm JMB1 NRW 64, 247.

234) Kleinknecht, JZ 61, 266; Kreuzer, GA 1968, 241.

235) Die Argumentation von Pawlik, NJW 67, 168 unter 3, das Beihilfeverbot begründe lediglich eine Unterlassungspflicht, gebe jedoch keine Befugnis, in Grundrechte einzugreifen, hilft nicht weiter, da hier ein Unterlassen im Ergebnis einem Eingriff gleichkommt.

236) Pawlik, a.a.O.; Kreuzer, a.a.O.

237) Pawlik, a.a.O.; Grunau, UVollzO, S. 80 f.; jetzt auch OLG Celle NJW 68, 1342.

StGB sind insbesondere zwei Einwände erhoben worden.
Diese vermögen jedoch nicht durchzugreifen.

(aa) Kleinknecht ²³⁸⁾ faßt § 119 Abs. 3 StPO als lex specialis auf, die für die U-Haft auch freiheitsbeschränkende Eingriffe auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen insoweit begrenze, als z.B. zu den Voraussetzungen des § 53 Abs. 2 StGB zugleich die des § 119 Abs. 3 StPO vorliegen müßten. Wenn Kleinknecht zwar letztlich dadurch, daß er auch mittelbare Gefährdungen der Anstaltsordnung für eine Anhaltebefugnis ausreichen läßt, in seinen Ergebnissen kaum von den durch § 53 StGB zu gewinnenden abweichen dürfte, so verkennt er doch die allgemeine Bedeutung des Notwehrrechts. Dieses gilt nämlich, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, allgemein und überall; § 119 Abs. 3 StPO hingegen vermag auch einen Eingriff in solche Grundrechtsbetätigungen zu rechtfertigen, die ohne das Vorliegen strafbarer Handlungen eine Gefährdung des Haftzweckes oder der Ordnung in der Anstalt befürchten lassen. ²³⁹⁾ Ein Grund, das Notwehrrecht im Bereiche der U-Haft einzuziehen und den U-Gefangenen gegenüber den in Freiheit Lebenden besser zu stellen, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

(bb) Auch das bei Pawlik ²⁴⁰⁾ angeklungene und dort widerlegte Bedenken, der Richter erfahre den ehrverletzenden Angriff erst durch die Briefzensur, vermag eine grundsätzliche Anwendung des § 53 StGB nicht auszuschließen. Zwar obliegt dem Richter die Kontrolle nicht zur Verhinderung von Rechtsverletzungen, sondern lediglich zum Schutze der in § 119 Abs. 3 StPO genannten öffent-

238) JZ 61, 265 f.

239) So richtig Grunau, UVollzO, S. 81 und Kreuzer, GA 1968, 241.

240) NJW 67, 168 rSp.

lichen Interessen; für die Ausübung des Notwehrrechtes kommt es aber nicht darauf an, aus welchem Anlaß oder aufgrund welcher Befugnisse der Notwehr Übende den Rechtsangriff erkennt.

(b) Bestehen demnach gegen eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 53 StGB keine durchgreifenden Bedenken, so bedarf es jeweils einer eingehenden Prüfung, ob das Notwehrrecht tatsächlich den beabsichtigten Eingriff in den Postverkehr rechtfertigt.

Gerade bei Briefen mit ehrverletzendem Inhalt ergeben sich in mehrfacher Hinsicht dahingehend Zweifel, ob in jedem Fall von dem Notwehr-, insbesondere von dem Nothilferecht Gebrauch zu machen ist, wie Pawlik²⁴¹⁾ meint. Eine Nothilfe- bzw. Notwehrpflicht ist nämlich unserem Recht fremd. Nur dann wird man eine Nothilfepflicht annehmen können, wenn von dem Gefangenenbrief für den Adressaten oder einen Dritten eine gegenwärtige, unmittelbare Leibes- oder Lebensgefahr i.S. des § 330 c StGB ausgeht oder wenn ein Fall des § 138 StGB vorliegt.²⁴²⁾ Ein weiteres Bedenken gegen eine unumschränkte Ausübung des Nothilfe- bzw. des Notwehrrechtes ergibt sich daraus, daß die Anwendung des § 53 StGB lediglich das Vorliegen eines gegenwärtigen, rechtswidrigen, nicht notwendig strafrechtlich tatbestandsmäßigen Angriffs auf ein Rechtsgut, wie z.B. die Ehre, voraussetzt.²⁴³⁾ Mit Hilfe des Nothilferechtes ließe sich deshalb auch ein die Tatbestände der §§ 185 ff. StGB nicht erfüllender Angriff gegen Dritte unterbinden, ohne daß der besonderen psychischen Lage des U-Gefangenen Rechnung getragen würde. Auch bliebe dann unberücksichtigt, daß unter Umständen der angegriffene Dritte nicht willens ist, sein in diesem Fall

241) A.a.O., indem er, obwohl er zuvor eine mögliche Strafbarkeit wegen Beihilfe abgelehnt hat, annimmt, der Richter mache sich bei einer Weiterleitung wegen Beihilfe strafbar.

242) So richtig Kreuzer, GA 1968, 242, 246; vgl. auch Maurach, AT, S. 270.

243) Vgl. z.B. Maurach, AT, S. 264; Schönke-Schröder, § 53, Rdnr. 5, 7 mit Nachw.; Pawlik, a.a.O.; Baumann, AT, S. 286.

höchstpersönliches Rechtsgut zu verteidigen. Wenn aber der Verletzte den Angriff nicht abwehren will, obwohl er einen solchen Entschluß fassen darf oder kann, steht auch einem anderen nicht das Recht zu, seine Hilfe aufzudrängen und den Angegriffenen zu verteidigen.²⁴⁴⁾ Wird demnach nur ein Dritter beleidigt, an den der Brief gerichtet ist, dürfte die Ausübung des Nothilferechtes, obwohl trotz des Lesens bei der Kontrolle wegen der beabsichtigten Zusendung ein noch nicht abgeschlossener Rechtsgutsangriff vorliegen dürfte, sehr zweifelhaft sein, da durch ein Anhalten der Entscheidung des Rechtsgutsinhabers über eine eventuelle Verfolgung vorgegriffen wird.²⁴⁵⁾ Ebenso zweifelhaft dürfte sein, ob die in einem Brief an die Ehefrau des Gefangenen enthaltene Beleidigung Dritter zum Anhalten berechtigt. Der in diesem Brief enthaltene "Angriff" stellt nämlich eine Äußerung im engsten Familienkreis dar, bei der es an der Kundgabe einer Mißachtung fehlt.²⁴⁶⁾ Insofern dürfte schon kein rechtswidriger Angriff vorliegen.²⁴⁷⁾

Schon diese wenigen Beispiele dürften deutlich gemacht haben, wie problematisch für den Richter die Anwendung des § 53 StGB gegenüber Ehrverletzungen im einzelnen sein kann. Es spricht deshalb einiges für die These Mayers,²⁴⁸⁾ daß Notwehr nur gegen g e -

244) Vgl. BGHSt 5, 247/8.

245) Im Ergebnis auch OLG Hamm JMB1 NRW 64, 247.

246) Vgl. Schönke-Schröder, § 185, Rdnr. 8 m.Nachw.

247) Hier taucht allerdings noch das Problem auf, ob man noch dann von einer "Äußerung im engsten Familienkreis" sprechen kann, wenn der Briefschreiber weiß, daß seine Post regelmäßig -wenn auch unter den enger gefaßten Voraussetzungen des § 119 Abs. 3 StPO- vom Richter kontrolliert wird.

248) H. Mayer, Lehrbuch, AT, S. 96 f., 99; für die These Mayers spricht insbesondere die geschichtliche Entwicklung des Notwehrrechtes, vgl. z.B. H. Hälschner, System des preußischen Strafrechts, 1. Theil, Bonn 1858, S. 260, m.Nachw. in Fußn. 5 und Goldammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, Berlin 1851, Theil I, S. 417 f.: "Es gibt ... keine Notwehr gegen Verbal- wohl aber gegen Real-Injurien" (418).

w a l t t ä t i g e Angriffe, also allenfalls gegen tätliche Beleidigungen, zulässig sein soll.

All diese Fragen hier einer abschließenden Klärung zuzuführen, würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen. Insofern konnten nur einige Warnsignale für eine vorschnelle Lösung mit Hilfe des § 53 StGB aufgestellt werden. Im Hinblick auf eine gesetzliche Regelung würde es jedenfalls -und das dürfte noch im Rahmen einer Auslegung des § 53 StGB liegen- zulässig und der besonderen Lage des U-Gefangenen angemessen sein, eine Eingriffsbefugnis nur für grobe Beleidigungen oder sonst strafbare Handlungen zu geben, und dann nur in den Fällen, in denen der Angegriffene nicht in die Lage kommen kann, sich selber wirksam zu verteidigen. Auch dürfte es gegenüber einem gänzlichen Anhalten das mildere Mittel sein, die eine Rechtsgutsverletzung darstellenden Worte z.B. durch Schwärzung unleserlich zu machen, wenn der Häftling auf der Beibehaltung des Textes besteht und der Brief im übrigen noch einen Sinnzusammenhang behält.

Die umstrittene Frage der Anhalteberechtigung von Briefen mit strafbarem, insbesondere ehrverletzendem Inhalt wird allerdings dann an praktischer Bedeutung verlieren, wenn -wie hier vertreten- Petitionen und die gesamte Anwaltspost generell einer Kontrolle entzogen werden, weil damit die Belange des Häftlings hinreichend berücksichtigt sind. Will der Gefangene sich dennoch beleidigender Äußerungen nicht enthalten, muß er -wie jeder andere Bürger- mit einem Anhalten bzw. einer Strafverfolgung rechnen.

b.) Strafhaft

Nicht weniger, sondern zum Teil noch mehr bedenklich erscheint es, wenn für die Strafhaft das Anhalten von Briefen mit beleidigendem oder sonst strafbarem Inhalt wegen Gefährdung der Anstaltsordnung für zulässig befunden

wird, ²⁴⁹⁾ und wenn dies sogar für e i n g e h e n -
d e Briefe gelten soll. ²⁵⁰⁾

Auch für die Strafhaft ist nämlich nicht einzusehen, wie allein durch einen derartigen Briefinhalt eine ernsthafte Gefährdung der Ordnung in der Anstalt denkbar sein soll, wenn man nicht auch hier eine mittelbare Gefährdung ausreichen lassen will. Noch nachdenklicher stimmt, daß der Vollzugsbehörde bei der Kontrolle eingehender Briefe ein Urteil über Moral und gute Sitten freier Bürger zugebilligt wird (vgl. Nr. 155 Abs. 2 S.1 DVollzO). ²⁵¹⁾

Gegen die Begründung der derzeitigen Handhabung spricht aber vor allem, daß -im Gegensatz zur U-Haft- die Überwachung von juristisch nicht in derselben Weise vorgebildeten Anstaltsbeamten durchgeführt wird. Diese dürften überfordert sein, schwierige Grenzfragen, wie etwa das Vorliegen von § 193 StGB oder die oben angedeuteten Probleme, in zutreffender Weise selbst, und nicht erst nach Anrufung des Gerichtes, zu entscheiden. Man wird deshalb, damit nicht abstrakte Ordnungsgesichtspunkte die Rechtsstellung des Gefangenen in unzulässiger Weise beeinträchtigen, nur in den Fällen, in denen offenbar eine Beleidigung oder die Verwirklichung eines anderen Straftatbestandes vorliegt, nach den für die Untersuchungshaft aufgestellten Grundsätzen eine Anhaltebefugnis bejahen können.

Soweit versucht wird, aus dem Strafzweck der E r -
z i e h u n g zu folgern, das Anhalten diene dazu, den Gefangenen zu einem gesetzmäßigen und geordneten Leben zu erziehen ²⁵²⁾ oder ihn von der Begehung weiterer

249) OLG Nürnberg, v. 29.5.64 - VAS 6/64; OLG Schleswig, v. 16.2.65 - 2 VAS 1/65, zitiert bei Altenhain, JZ 67, 22.

250) OLG Braunschweig, v. 22.3.65 - VAS 1/65, zitiert bei Altenhain, a.a.O.

251) Vgl. insoweit die Kritik bei Altenhain, JZ 66, 22.

252) Kleinknecht, JZ 61, 266, Fußn. 3; Altenhain, a.a.O.

Straftaten abzuhalten, ²⁵³⁾ erscheint diese Rechtfertigung im Hinblick auf das Fehlen einer zwingenden Notwendigkeit des Anhaltens und im Hinblick auf die im Zeitpunkt des Lesens schon verwirklichten §§ 185 ff. StGB äußerst fraglich. Baumann ²⁵⁴⁾ weist insoweit zu Recht darauf hin, daß eine Bestrafung des Strafgefangenen wegen Beleidigung oder übler Nachrede eher erzieherischer wirken würde, wenn er trotz Hinweises auf die Folgen seines Tuns auf der Beförderung des Briefes besteht.

5. Kritik an Anstaltsverhältnissen, Gerichten, Strafverfolgungsorganen

In der Vergangenheit hat es offensichtlich besondere Schwierigkeiten bereitet, eine Abgrenzung zwischen ehrenkränkenden Briefen und solchen mit kritischen Äußerungen über Anstaltsverhältnisse oder Entscheidungen von Gerichten zu treffen. Der Grund hierfür liegt wohl darin, daß wegen einer subjektiven Befangenheit der von dem Inhalt Betroffenen die Gefahr besteht, unter Umständen berechnete Kritik ohne weiteres schon als eine Beleidigung aufzufassen.

a.) Wenn für die U n t e r s u c h u n g s h a f t Nr. 34 Abs. 1 Ziff. 4 UVollzO bestimmt, daß die Briefe, die unrichtige oder gröblich entstellende Behauptungen über die Verhältnisse in der Anstalt enthalten und gleichzeitig geeignet sind, die Öffentlichkeit zu erregen, beanstandet werden können, so mag in dieser Bestimmung die der freien Meinungsäußerung gesetzte Grenze der "Wahrhaftigkeit" ²⁵⁵⁾ und der "allgemeinen Gesetze" (z.

253) Das dürfte -wenn auch ausdrücklich nur für die U-Haft ausgesprochen- die Argumentation Meyers, MDR 64, 725 sein, da er seine Auffassung auf die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis gründet; vgl. dazu schon oben S.213 bei Anm. 218 und gegen die Ansicht Meyers oben S. 101 Fußn. 5.

254) MschrKrim 64, 75 f.

255) Vgl. Ridder, Grundrechte II, S. 265, nach dem bei unwahrhaftigen Äußerungen keine Meinungsäußerung vorliegen soll.

B. Verleumdung) aufgezeigt sein; ein Anhalten dieser Briefe dürfte deshalb nach den unter VI, 4 herausgearbeiteten Grundsätzen zu rechtfertigen sein. Gerade in diesen Fällen ist aber im Interesse der Rechtsverteidigung bei der Beanstandung nach dem Grundsatz "in dubio pro libertate" zu verfahren. Insbesondere muß davor gewarnt werden, in jeder -also gegebenenfalls auch in einer unsachlichen- Kritik wegen einer Erregung der Öffentlichkeit schon eine (im Ergebnis wohl auch nur mittelbare) Gefährdung der Anstaltsordnung zu sehen. Denn die Öffentlichkeit wird vielmehr dann erregt, wenn der Verdacht aufkommen kann, es solle etwas verdunkelt oder beschönigt werden. 256)

Das Briefgeheimnis und die Schranke des § 119 Abs. 3 StPO verbieten dem Richter auch, dem Anstaltsleiter Briefe vorzulegen, in denen Anstaltsverhältnisse behandelt werden. 257) Sieht der Richter unter den Gesichtspunkten des § 119 Abs. 3 StPO einen Grund, den Brief zu beanstanden, so mag eine Beschlagnahme mit einer eventuell notwendigen Mitteilung an die Anstalt gerechtfertigt sein; dem Anstaltsleiter jedoch Einsicht zu gewähren oder den Richter über den Rahmen des § 119 Abs. 3 StPO hinaus zu einer Mitteilung zu verpflichten, vermag einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standzuhalten.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die Gerichte inzwischen nicht mehr jede an ihnen geübte Kritik als eine Beleidigung ansehen. 258) Die von Arndt 259) mitge-

256) Vgl. H. Schmidt, SchlHA 64, 276; vgl. auch Schorn, JR 67, 449.

257) So aber wohl Nr. 34 Abs. 4 UVollzO; dagegen mit Recht H. Schmidt, SchlHA 64, 277.

258) Vgl. z.B. OLG Hamburg JR 65, 394.

259) NJW 64, 855 zu AG Tiergarten, v. 10.2.64 - 352 Gs 369/64.

teilte Begebenheit mag jedoch dazu dienen, sie auch für die Zukunft noch als warnendes Zeichen zu bedenken: Der Brief eines U-Gefangenen, der seit mehr als zwei Jahren in U-Haft war und herbe Kritik an der Haftpraxis des KG geübt hatte, wurde von der Beförderung mit der Begründung ausgeschlossen, daß der Brief eine beleidigende Unterstellung enthalte. Wie berechtigt die von Arndt an dieser Entscheidung geübte Kritik war, wurde dann dadurch bestätigt, daß das diese Kritik enthaltende Heft der NJW dem U-Gefangenen, der diese Zeitschrift abonniert hatte, nicht ausgehändigt, sondern von der Gefängnisleitung zurückgeschickt wurde. 260)

Insbesondere bei der Beanstandung von Briefen mit kritischem Inhalt ist deshalb größte Zurückhaltung zu bewahren.

b.) Noch enger und das Recht auf freie Meinungsäußerung in unzulässiger Weise einschränkend erweist sich für die *S t r a f h a f t* die Regelung in Nr. 155 Abs. 2 S. 2 DVollzO. Nach dieser Bestimmung darf ein Brief nämlich u.a. dann angehalten werden, wenn in ihm Straftaten erörtert sind oder Anstaltsverhältnisse erörtert werden, die den Gefangenen nicht persönlich angehen. 261) Es ist aber kein sachlicher Grund ersichtlich, der das Grundrecht, seine Meinung in Wort und Schrift frei zu äußern, einzuschränken vermöchte. Vielmehr wird eine sachliche Kritik eher dienlich sein; 262) und selbst nach heftiger Kritik kann eine Erregung der Öffentlichkeit -wie es z.B. die "Klingelpützaffäre" gezeigt hat- der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Strafvollzuges

260) NJW 64, 1310; der Kritik zustimmend Dünnebier, S 119, IV, 4.

261) Zustimmend die bei Altenhain, JVB1 65, 268, Fußn. 60 und JVB1 66, 267, Fußn. 39-41 zitierte umfangreiche Rechtsprechung.

262) Vgl. v. Münch, Diss., S. 77 ff.; JZ 58, 74 f.; Löffler, NJW 64, 1104.

nur förderlich sein, ohne daß in einer Kritik eine ernsthafte Störung des inneren Anstaltsbetriebes gesehen werden könnte. Selbst eine unsachliche Kritik sollte als eine dauernde Herausforderung betrachtet werden, die gegenwärtige Vollzugspraxis zu überdenken und gegebenenfalls Konsequenzen zu ziehen. Nur dann, wenn auch die Öffentlichkeit an den Problemen, so wie sie sich dem Inhaftierten aus dessen Sicht stellen, teilnehmen kann, ist auch die Möglichkeit gegeben, das für eine erfolgreiche Resozialisierung erforderliche Verständnis der Gesellschaft an den Belangen des Strafvollzuges zu gewinnen.

6. Schriftstellerische Tätigkeit

a.) Da der Untersuchungsgefangene grundsätzlich dasselbe schreiben darf wie in der Freiheit, darf ihm selbst auf die (meist unterstellte) Gefahr eines Hinausschmuggelns hin nicht verwehrt werden, sich schriftstellerisch zu betätigen. ²⁶³⁾

Einschränkungen können sich nur aus den Gesichtspunkten des § 119 Abs. 3 StPO bei der Versendung ergeben. Während eine Beschränkung wegen zu großen Umfangs des Geschriebenen nur in seltenen Fällen erlaubt sein wird, können sich jedoch, wie Grunau ²⁶⁴⁾ zutreffend zum Fall Klaus Lehnert ausgeführt hat, aus dem Haftzweck berechnete Einwände gegen eine Veröffentlichung von Selbstbiographien, insbesondere in Massenblättern, dann ergeben, wenn der Inhalt geeignet ist, auf Mitbeschuldigte, Zeugen, Sachverständige und nicht zuletzt auf das Gericht in der Weise einzuwirken, daß die Wahrheitsermittlung erschwert wird. Das wird in der Regel dann zu bejahen sein, wenn während des schwebenden Verfahrens eine

263) Dünnebier, § 119, III, 6; IV, 4.

264) ZfStrVo 67, 236 f.

wegen der schriftlichen Fixierung eindringlicher erscheinende und -aus der Sicht des Gefangenen nicht zu vermeidende- stark subjektiv gefärbte Darstellung von Lebensgang und Tatverlauf ein objektives Verfahren in Frage stellt und insbesondere eine Voreingenommenheit des Gerichts oder der sonst Beteiligten -nicht selten zu Lasten des U-Gefangenen- befürchten läßt.

b.) Problematischer als bei der U-Haft und stark umstritten ist die Frage, ob der S t r a f g e f a n g e n e in seiner Freizeit schriftstellerisch tätig sein oder seine Aufzeichnungen gar veröffentlichen darf. Die gegenwärtige Regelung und die sie im wesentlichen bestätigenden Entscheidungen der Strafsenate ²⁶⁵⁾ sehen schon in der schriftstellerischen Betätigung als solcher eine "Vergünstigung", auf die der Gefangene keinen Anspruch habe. Das wird damit zu begründen versucht, daß der Strafvollzug den Gefangenen nicht nur von der Außenwelt zu trennen, sondern darüber hinaus auch eindringlich die mit dieser Trennung verbundenen Folgen als Strafübel spürbar zu machen habe. Eine Veröffentlichungsbefugnis wird konsequenterweise erst recht nicht anerkannt.

Gegen diese Rechtsprechung, die nach eigener Aussage eine fühlbare Beschränkung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der freien Meinungsäußerung darstellt, ²⁶⁶⁾ sind berechnete Einwände erhoben worden. Sie läuft nämlich praktisch darauf hinaus, den Strafgefangenen "mundtot" zu machen. ²⁶⁷⁾ Es ist kein zwin-

265) OLG Hamburg JVB1 62, 142; OLG Nürnberg JVB1 62, 211; OLG Schleswig JVB1 63, 177 = GA 1964, 185; KG NJW 66, 1089; zustimmend Schultz, MDR 67, 372; vgl. Nr. 62 Abs. 2 DVollzO.

266) OLG Schleswig JVB1 63, 178.

267) Sigloch, GA 1964, 188, Anmerkung zu OLG Schleswig, a.a.O.; Altenhain, JZ 66, 20 f.; vgl. auch Tiedemann, Rechtsstellung, S. 165 und Löffler, NJW 64, 1104; v. Münch, NJW 64, 1119 f. (Mitteilung über die Arbeitstagung des Studienkreises für Presserecht und Pressefreiheit).

gender Grund ersichtlich, warum dem Gefangenen generell untersagt werden könnte, sich in seiner Freizeit literarisch zu betätigen. Die Frage kann richtigerweise nur dahin gestellt werden, ob dem Strafgefangenen i m E i n z e l f a l l versagt werden kann, seine Aufzeichnungen während der Strafhaft zu veröffentlichen. ²⁶⁸⁾ Nach der hier vertretenen, mit dem Verfassungsrecht in Einklang stehenden Auffassung, daß Ab-sperrungsmaßnahmen, d.h. in diesem Fall eine Beschränkung der Art. 2 und 5 GG, einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen und daß die geistigen Kontakte mit der Außenwelt grundsätzlich zu fördern sind, ist es deshalb grundsätzlich unzulässig, dem Gefangenen zu verwehren, während seiner Freizeit Leserbriefe an Zeitungen, Aufsätze, Tagebuchaufzeichnungen, Bücher usw. zu schreiben und sie auch der Außenwelt zugänglich zu machen. ²⁶⁹⁾ Während wegen des vorbehaltlosen Art. 5 Abs. 3 GG in keinem Fall die Veröffentlichung künstlerischer Werke (z.B. Lyrik) untersagt werden darf, ²⁷⁰⁾ wird im übrigen eine Beschränkung nur aus den weiter oben schon aufgezeigten Gesichtspunkten erlaubt sein. Insofern dürften sich auch aus Art. 3 GG, der eine unsachliche Bevorzugung einzelner Gefangener verbietet, keine grundsätzlichen Bedenken ergeben.

7. Briefe mit politisch unerwünschtem Inhalt

Eine Entscheidung des OLG Celle ²⁷¹⁾ verdient es, in einem besonderen Abschnitt den Beanstandungsgrund "poli-

268) Altenhain, JZ 66, 21.

269) v. Münch, Diss., S. 79; so auch OLG Hamburg JVB1 61, 140, allerdings für die Sicherungsverwahrung.

270) v. Münch, JZ 58, 75 mit Hinweis auf Storm, Oscar Wilde, Zola, aber auch Chessman.

271) JZ 64, 428.

tisch unerwünschten Inhalts" einer kritischen Würdigung zu unterziehen. An diesem Beispiel wird nämlich besonders deutlich, wie unreflektierte Pauschalurteile und ein vordergründiges Sekuritätsdenken zur Annahme einer mittelbaren Gefährdung der Anstaltsordnung und damit zu einer unzulässigen Grundrechtseinschränkung führen müssen.

a.) Das OLG Celle hatte das Anhalten des Briefes eines Untersuchungsgefangenen, der bei dem Deutschen Zentralarchiv in Potsdam über die politische Vergangenheit der an dem Verfahren beteiligten Richter Auskünfte einholen wollte, mit der Begründung bestätigt, daß schon die Aufnahme von Verbindungen zu einer Einrichtung des auf Gewaltherrschaft beruhenden Sowjetzonenstaates für sich geeignet sei, die Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung zu gefährden. Die Sanktionierung solcher Verbindungsaufnahmen würde störende Rückwirkungen auf die Ordnung haben können, zumal möglicherweise durch die Briefbeförderung ausgelöste unsachliche Propaganda-Aktionen aus dem östlichen Machtbereich immer geeignet seien, die Öffentlichkeit zu erregen und damit die Ordnung in der Anstalt nachteilig zu beeinflussen.

Diese Entscheidung ist mit Recht abgelehnt worden. 272)

Die in ihr zum Ausdruck gekommene Fehleinschätzung der Tätigkeit des Zentralarchivs 273) und ein vordergründiges Sekuritätsdenken haben zu einer auch von § 119 Abs. 3 StPO nicht gedeckten Einschränkung der Informations- und Meinungsfreiheit geführt. Denn Aufgabe der Briefzensur kann es nicht sein, jegliche unerwünschte

272) Evers, JZ 64, 428; Erdsiek, NJW 64, 1118; Eb.Schmidt, § 119, Rdnr. 31 f.; H. Schmidt, SchlHA 64, 277; Schorn, JR 67, 449; Dünnebier, § 119, III, 6.

273) Das Zentralarchiv beantwortet grundsätzlich keine privaten Anfragen und ist wegen seiner nüchternen archivalischen Tätigkeit in weit geringerem Maße politischem Einfluß unterworfen als andere Einrichtungen, vgl. Evers, a.a.O.; Erdsiek, NJW 64, 1119.

und der freiheitlich demokratischen Grundordnung irgendwie abträgliche Meinungsäußerung zu unterbinden. Die U-Haftanstalt ist keine Zwangsanstalt mit moralischer oder staatsbürgerlicher Erziehungsaufgabe und darf es im Hinblick auf Art. 5 GG auch nicht sein. Dieses Grundrecht findet seine inhaltlichen Grenzen erst am Strafrecht und an Sitte und Anstand (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG), nicht aber an der Richtigkeit politischer Vorstellungen und Folgerungen. 274) Auch das Argument, eine Erregung der Öffentlichkeit sei immer nachteilig für die Ordnung in der Anstalt, beruht gerade im Hinblick auf ein berechtigtes Verteidigungsverlangen des U-Gefangenen und eine möglicherweise beabsichtigte Ablehnung vorbelasteter Richter auf einer Verkennung unserer freiheitlich demokratischen Grundordnung. Das Vertrauen in unsere Justiz wird nicht dadurch gestärkt, daß die Aufdeckung früherer politischer Verfehlungen von Richtern gerade durch eine richterliche Entscheidung unterbunden wird, sondern dadurch, daß in einer öffentlichen Auseinandersetzung die Folgen einer in Einzelfällen verfehlten Personalpolitik diskutiert werden. 275) Einer Agitation mag mit repressiven Maßnahmen entgegengetreten werden; verhindert werden darf eine Aufdeckung von Mißständen nicht. Auch vor Gefängnismauern darf die öffentliche Diskussion nicht haltmachen, da sie nach dem Grundgesetz eine unvermeidliche Rückwirkung auf das geistige Klima im Gefängnis und daher keine Störung der Ordnung im Gefängnis ist.

b.) Nichts anderes kann in dieser Hinsicht für die
S t r a f h a f t gelten. Insoweit hat das OLG Stutt-

274) Evers, JZ 64, 429.

275) Evers, a.a.O. - Vgl. auch DIE ZEIT v. 19.1.68, in der Kritik daran geübt wird, daß das OLG Schleswig die Einleitung einer Voruntersuchung gegen zwei ehemalige Richter des Sondergerichtes für das Warschauer Getto abgelehnt hat, obwohl aus nichtigem Anlaß Juden zum Tode verurteilt worden waren. Kiels Justizministerium weigerte sich im übrigen, die Namen der beiden Richter bekanntzugeben.

gart ²⁷⁶⁾ klargestellt, daß die Aufnahme des Briefverkehrs eines Strafgefangenen mit dem Ostberliner Anwalt Kaul nicht mit der Begründung versagt werden darf, eine Störung der öffentlichen Ordnung sei dadurch zu befürchten, daß im Hinblick auf die Bindungen des Anwalts zur SED damit zu rechnen sei, daß die Schreiben propagandistisch mißbraucht würden. Wenn auch die Anwalts-eigenschaft des Adressaten für das Ergebnis vielleicht den Ausschlag gegeben hat, so beruht es doch auf der richtigen Erkenntnis, daß die in einer vorsorglichen Untersagung des Schriftverkehrs liegende Beschränkung von Grundrechten nicht mit einem unterstellten Mißbrauch durch Dritte gerechtfertigt werden kann.

Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß Briefe mit unerwünschtem politischem Inhalt, der nicht einen Straftatbestand (z.B. Staatsschutz) erfüllt, nicht angehalten werden dürfen.

8. Briefe mit unzüchtigem Inhalt

Während eine Zensur ästhetischer Art allgemein für unstatthaft angesehen wird, ²⁷⁷⁾ sollen Briefe mit unzüchtigem ²⁷⁸⁾ oder nur den Anstand verletzendem Inhalt ²⁷⁹⁾ zu einer Beförderungsausschließung berechtigen.

Dem kann nur insoweit zugestimmt werden, als der Inhalt des Briefes tatsächlich einen Straftatbestand erfüllt. Insoweit kann auf die zu diesem Beanstandungsgrund erfolgten Ausführungen verwiesen werden.

Mit Recht hat aber das OLG Düsseldorf ²⁸⁰⁾ in einer in

276) NJW 64, 1382.

277) Vgl. z.B. Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 32.

278) Vgl. Eb. Schmidt, § 119, Rdnr. 29; Dünnebier, § 119, III, 6; H. Schmidt, SchlHA 64, 277.

279) Vgl. Nr. 155 Abs. 2 S. 1 a.E. DVollzO.

280) JMBL NRW 68, 155.

ihrer Argumentation ausgewogenen Entscheidung betont, daß selbst ein Brief mit eindeutig obszöner Inhalt nicht in jedem Fall zu einer Beförderungsausschließung Anlaß geben darf. Berücksichtigt man nämlich die in sexueller Hinsicht vielfältigen Belastungen ausgesetzte Psyche des Gefangenen und daß es sich in der Regel um Äußerungen an einen Empfänger handeln wird, der zum Gefangenen in einer solchen Beziehung steht, daß ihm gegenüber nicht von einer Ehrenkränkung gesprochen werden kann, erscheint eine Beanstandung nicht gerechtfertigt. In solchen Fällen wird auch nicht der die Zensur durchführende Richter oder Beamte beleidigt, da dieser nicht Adressat ist. Es handelt sich sachlich um die Mitteilung an eine andere Person innerhalb einer Intimsphäre, über die es der kontrollierenden Person nicht ansteht, ein moralisches Unwerturteil zu fällen. In solchen Fällen ist von einer Beanstandung Abstand zu nehmen.

VII. Anhalteverfahren und Beschlagnahme

Nur der Vollständigkeit halber soll noch kurz für den Fall, daß ein Brief wegen eines der zuvor aufgezeigten Gründe zu beanstanden ist, auf das Anhalteverfahren bzw. eine eventuell notwendige Beschlagnahme eingegangen werden.

1. Was das A n h a l t e v e r f a h r e n anbelangt, so dürften insgesamt gegen die augenblickliche Regelung in Nr. 34 Abs. 5 UVollzO und Nr. 156 DVollzO kaum Bedenken bestehen. Betont werden muß jedoch, daß beim Anhalten eingehender Post auch dem Absender gegenüber von der ihn belastenden Nichtaushändigung Mitteilung gemacht werden muß, da es sich um eine von ihm ausgehende Äußerung handelt, die ihren Adressaten verfehlt hat. 281)

281) Baumann, MschrKrim 64, 76; Altenhain, JZ 66, 22 Fußn. 53.

Auch dürfte, worauf schon hingewiesen wurde, ²⁸²⁾
eine Zurücksendung eingehender und ordnungsgemäß
adressierter Briefe kaum zulässig sein; es genügt,
solche Briefe zur Habe zu nehmen und dem Gefangenen
-nach Möglichkeit schriftlich- von dem Inhalt soweit
Kenntnis zu geben, als es dem mit der Beanstandung
verfolgten Zweck nicht widerstreitet. Selbstverständ-
lich sollte sein, daß auch dem Untersuchungsgefange-
nen Gelegenheit gegeben wird, einen beanstandeten Brief
durch einen neuen zu ersetzen (vgl. Nr. 156 Abs. 2 S. 1
DVollzO).

2. Wenn ein Brief als Beweismittel für die Untersuchung
in der Sache, in der der Gefangene einsitzt, bedeutsam
werden kann, dann darf der Richter der anhängigen Sache
gem. § 94 StPO diesen Brief b e s c h l a g n a h -
m e n. ²⁸³⁾ Unzulässig ist es, Briefe oder Abschriften
von beanstandeten Briefen ohne Beschlagnahme zu den
Strafakten oder den Personalakten des Gefangenen zu neh-
men; erst recht dürfen die Briefe nicht vernichtet wer-
den. ²⁸⁴⁾ Anstatt einer Beschlagnahme des Briefes kann
aber im Einzelfall auch eine Photokopie und deren Be-
schlagnahme das mildere Mittel sein, so z.B. dann, wenn
eine Reaktion des Empfängers beobachtet werden soll ²⁸⁵⁾
oder wenn der Inhalt für die Entscheidung über die Zu-
lässigkeit der angeordneten Untersuchungshaft von Bedeu-
tung ist. ²⁸⁶⁾

Kommt einem Brief dagegen für eine n e u e Sache,

282) Oben S. 164 f., 169.

283) Dünnebier, § 119, III, 7; Schwarz-Kleinknecht, § 94,
2; § 119, 4; Schorn, JR 67, 450; BGH NJW 61, 2069;
Wais, NJW 67, 2047 f. gegen Birmanns, NJW 67, 1358.

284) Dünnebier, a.a.O.; H. Schmidt, SchlHA 64, 277; OLG
Bremen MDR 51, 120; OLG Hamburg MDR 66, 168; BGH
NJW 61, 2069.

285) v. Engelbrechten, DRiZ 59, 240.

286) OLG Hamburg NJW 67, 166.

etwa Verleitung zum Meineid, Betrugs- oder Erpressungsversuch, eine Bedeutung zu, dann kann ihn der Richter der anhängigen Sache analog § 108 StPO einstweilen beschlagnahmen; der Richter muß den Brief aber -wie es auch der in der Strafhaft kontrollierende Beamte tun muß- über die Staatsanwaltschaft dem Amtsrichter zu- leiten, damit dieser ihn beschlagnahme, falls die Staatsanwaltschaft das beantragt. ²⁸⁷⁾ Wird keine Beschlagnahme ausgesprochen, ist der Brief dem Gefangenen zurückzugeben oder zu seiner Habe zu nehmen.

287) KG JR 68, 31; vgl. auch Dünnebier, a.a.O. und Schwarz-Kleinknecht, § 119, 4.

II. Abschnitt

Vorschlag für eine künftige gesetzliche Regelung

Wenn im folgenden versucht werden soll, die Ergebnisse der vorausgegangenen Einzeluntersuchung derart zusammenzufassen, daß sie in Form von Gesetzesvorschlägen widergespiegelt werden, so soll hiermit nicht der Anspruch erhoben werden, eine letztgültige, in allen Einzelfragen verfassungsrechtlich zwingend geforderte erschöpfende Regelung gefunden zu haben. Insofern ist diese Zusammenfassung nur als ein Diskussionsbeitrag gedacht, zu dessen Interpretation auf die Behandlung der Einzelfragen und deren rechtliche Würdigung verwiesen werden soll. Dennoch mag sie wegen des bisherigen Fehlens gesetzlicher Regelungen gewagt werden.

A. Untersuchungshaft

Schreiberlaubnis

(1) Der Untersuchungsgefangene darf unbeschränkt Briefe schreiben und absenden. Nimmt der Schriftverkehr eines einzelnen Gefangenen einen solchen Umfang an, daß eine ernstliche Gefahr für die Durchführung der Überwachung entsteht, kann der Richter für diesen Gefangenen, jedoch erst nach vorheriger Warnung, das Absenden von Briefen zeitlich wie auch dem Umfang nach beschränken. Dem Gefangenen wird jedoch zu gestatten sein, mindestens jede Woche zwei zweiseitige Briefe im Format DIN A 4 abzusenden. Art. 2 Abs. 1 GG wird insoweit eingeschränkt.

(2) Abs. 1 Satz 2 gilt nicht für Briefe an Angehörige, den Richter oder Staatsanwalt und nicht für solche, die Rechts- und Geschäftsangelegenheiten des Gefangenen, sein späteres Fortkommen oder dringende persönliche Angelegenheiten betreffen. Abs. 1 Satz 2 gilt ebenfalls nicht für Eingaben an Gerichte, Behörden, Volksvertretungen in der Bundesrepublik sowie an die Europäische Kommission für Menschenrechte und den Schriftverkehr mit Rechtsanwälten und Notaren. Die Vorschrift des § 114 b Abs. 2 StPO bleibt unberührt.

Schreibmaterial, Porto

(1) Der Gefangene ist berechtigt, eigenes Schreibmaterial zu verwenden. Es wird in der Regel auf seine Kosten durch Vermittlung der Anstalt besorgt. Die Verwendung gefütterter Briefumschläge soll nicht gestattet werden. Die Benutzung einer Schreibmaschine kann mit Auflagen zeitlicher Art erlaubt werden.

(2) Gefangenen, die nicht über Geld für Schreibmaterial und Porto verfügen, wird für den Zugangsbrief und jede Woche für einen Brief sowie für Briefe an den Richter, Staatsanwalt und Verteidiger sowie für Petitionen der erforderliche Betrag aus amtlichen Mitteln zur Verfügung gestellt; auf eine spätere Arbeitsbelohnung soll nur in Ausnahmefällen zurückgegriffen werden. In dringenden Fällen sollte der Anstaltsleiter amtliche Mittel auch für weitere Briefe bewilligen.

Postempfang

(1) Briefe können unbeschränkt empfangen werden.

(2) Der Bezug von Zeitungen, Zeitschriften, Büchern und sonstigen Schriften ist nur dann zulässig, wenn er unmittelbar durch den Verlag, Handel oder die Post erfolgt. Der auf andere Bezugsarten in die Anstalt gelangte Lesestoff darf dem Gefangenen nur mit Zustimmung des Richters ausgehändigt werden. Art. 2 Abs. 1 GG wird insoweit eingeschränkt.

Überwachung

(1) Der Richter überwacht die aus- und eingehende Post.

(2) Keiner Überwachung unterliegt der Schriftverkehr des Gefangenen mit seinem Verteidiger, gleichviel in welcher Strafsache dieser für ihn tätig ist. Dasselbe gilt für den schriftlichen Verkehr mit einem in der Bundesrepublik zugelassenen Rechtsanwalt oder bestellten Notar in einer sonstigen, den Gefangenen unmittelbar berührenden Rechtssache sowie für den Schriftverkehr mit Gerichten, Behörden, Volksvertretungen in der Bundesrepublik und der Europäischen Kommission für Menschenrechte.

(3) Fremdsprachiger Schriftwechsel ausländischer Gefangener wird, wenn notwendig, auf Kosten der Landeskasse übersetzt. Die Kostenübernahme kann abgelehnt werden, wenn der Umfang des Briefwechsels ein zumutbares Maß überschritten hat.

(4) Das Grundrecht des Briefgeheimnisses nach Art. 10 GG wird insoweit eingeschränkt.

Kontrollverfahren

(1) Ein Brief, den der Gefangene geschrieben hat, ist dem Richter in einem von dem Gefangenen verschlossenen Begleitumschlag zur Kontrolle vorzulegen. Wird der Brief nicht beanstandet, übergibt ihn der Richter verschlossen der Beförderung und vermerkt seine Genehmigung auf dem Begleitumschlag.

(2) Ein Brief, der für den Gefangenen eingeht, ist dem Richter ungeöffnet in einem unverschlossenen Begleitumschlag vorzulegen. Wird der Brief nicht beanstandet, wird er dem Gefangenen in dem verschlossenen und mit dem Genehmigungsvermerk versehenen Begleitumschlag ausgehändigt.

Beanstandung

(1) Der Richter kann einen Brief beanstanden,

1. wenn er unleserlich, in einer Geheimsprache oder in Kurzschrift geschrieben ist;
2. wenn die Weitergabe des Briefes geeignet ist, die Wahrheitsermittlung zu gefährden oder den Sachverhalt zu verdunkeln;
3. wenn der Inhalt des Briefes darauf gerichtet ist, die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Einsperrung zu gefährden;
4. wenn der Inhalt offenbar einen Straftatbestand erfüllt; wird durch den Brief ein Dritter verletzt, so ist ein Anhalten nur dann zulässig, wenn der Dritte nicht in die Lage kommen kann, sich selber wirksam zu verteidigen.

(2) Das gleiche gilt entsprechend für Zeitungen, Zeitschriften, Bücher und sonstige Schriften.

(3) Das Grundrecht auf freie Information und Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wird insoweit eingeschränkt.

Anhalteverfahren

(1) Ein beanstandeter Brief, der nicht beschlagnahmt wird, ist zur Habe des Gefangenen zu nehmen. Dem Gefangenen ist von der Beanstandung unter Mitteilung des Grundes Kenntnis zu geben. Der einwandfreie Teil des eingegangenen, aber zurückgehaltenen Briefes ist dem Gefangenen schriftlich mitzuteilen, soweit ihm nicht ein in sich verständlicher Teil des Briefes ausgehändigt werden kann. Soweit der Absender ermittelt werden kann, ist diesem ebenfalls von der Beanstandung Mitteilung zu machen.

(2) Der Richter kann die beanstandeten Stellen des Briefes unkenntlich machen, wenn der Brief dadurch nicht seinen Sinnzusammenhang verliert. Dem Gefangenen ist Gelegenheit zu geben, sein angehaltenes Schreiben durch ein neues zu ersetzen.

Paketverkehr

(1) Der Gefangene darf während der Untersuchungshaft nur ein Paket erhalten. Aus besonderem Anlaß kann der Anstaltsleiter den Empfang weiterer Pakete zulassen.

(2) Gefangene, die am Ort der Vollzugsanstalt keine Angehörigen haben, dürfen im Rahmen der Hausordnung regelmäßig Wäschepakete von auswärts empfangen. Außer einem Inhaltsverzeichnis dürfen keine schriftlichen Mitteilungen beigelegt werden.

(3) Das Paket wird von dem Anstaltsleiter oder dem von ihm beauftragten Beamten in Gegenwart des Empfängers überprüft. Gegenstände, deren Aushändigung an den Gefangenen bedenklich erscheint, können einer genaueren Untersuchung unterzogen, zur Habe des Gefangenen genommen oder dem Absender zur Rücknahme zur Verfügung gestellt werden.

B. Strafhaft

Schreiberlaubnis

(1) Der Gefangene darf unbeschränkt Briefe schreiben und absenden.

(2) Hinsichtlich des Personenkreises, mit dem der Gefangene korrespondiert, darf nur dann eine Beschränkung ausgesprochen werden, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß für den Gefangenen durch den Briefverkehr mit einer bestimmten Person ein schädlicher Einfluß zu befürchten ist; das gilt nicht für den Schriftverkehr mit Angehörigen.

(3) Zum Schreiben ist die Freizeit zu verwenden. Nur in dringenden Fällen gestattet der Anstaltsleiter dem Gefangenen, während der Arbeitszeit zu schreiben.

Schreibmaterial, Porto

(1) Der Gefangene ist berechtigt, eigenes Schreibmaterial zu verwenden. Zum Schreibmaterial gehört nicht

eine eigene Schreibmaschine.

(2) Gefangenen, die nicht über Geld für Schreibmaterial und Porto verfügen, wird für Briefe an Gerichte, Behörden, Volksvertretungen in der Bundesrepublik sowie an die Europäische Kommission für Menschenrechte der erforderliche Betrag zur Verfügung gestellt. Das gleiche gilt für den Schriftverkehr mit Angehörigen, dem Verteidiger, Rechtsanwälten und Notaren in Rechtssachen des Gefangenen sowie mit anerkannten Vereinigungen und Einrichtungen, die sich der Fürsorge für die Familie des Gefangenen und der Entlassenenbetreuung widmen, und für Schreiben, die Familienangelegenheiten von besonderer Bedeutung, wichtige Rechts- und Geschäftsangelegenheiten oder ernstliche Fragen des Fortkommens des Gefangenen betreffen.

Postempfang

(1) Briefe können unbeschränkt empfangen werden.

(2) Das gleiche gilt für Zeitungen, Zeitschriften, Bücher und sonstige Schriften, soweit sie unmittelbar durch den Verlag, Handel oder die Post bezogen werden und ihr Inhalt nicht der Erreichung des Vollzugszieles widerstreitet. Andere Bezugswege bedürfen einer besonderen Erlaubnis durch den Anstaltsleiter. Art. 2 Abs. 1 GG wird insoweit eingeschränkt.

Überwachung

(1) Der Schriftverkehr der Gefangenen wird vom Anstaltsleiter oder dem von ihm beauftragten Bediensteten überwacht.

(2) Von der Überwachung kann abgesehen werden, wenn Sicherheitserfordernisse dem nicht entgegenstehen; insofern kann die Überwachung auf Stichproben beschränkt oder auch ganz von ihr abgesehen werden.

(3) Von der Überwachung ist abzusehen beim schriftlichen Verkehr des Gefangenen mit seinem Verteidiger, gleichviel in welcher Strafsache dieser für ihn tätig ist. Dasselbe gilt für den Schriftverkehr des Gefangenen mit einem in der Bundesrepublik zugelassenen Rechtsanwalt oder bestellten Notar in einer sonstigen, den Gefangenen unmittelbar berührenden Rechtssache sowie den Schriftwechsel mit Gerichten, Behörden, Volksvertretungen in der Bundesrepublik und der Europäischen Kommission für Menschenrechte.

(4) Allein aus Gründen der Persönlichkeitserforschung dürfen ausgehende Briefe des Gefangenen nur mit einer jederzeit widerruflichen Zustimmung des Gefangenen, und dann auch nur von Psychiatern, Psychologen oder Sozialpädagogen überwacht werden.

(5) Fremdsprachiger Schriftwechsel ausländischer Gefangener wird, wenn notwendig, auf Kosten der Landeskasse übersetzt. Die Kostenübernahme kann abgelehnt werden, wenn der Umfang des Briefwechsels ein zumutbares Maß überschritten hat.

(6) Das Grundrecht des Briefgeheimnisses nach Art. 10 GG wird insoweit eingeschränkt.

Kontrollverfahren

(1) Soweit der Schriftwechsel nicht unüberwacht bleibt, hat der Gefangene seine Schreiben im offenen Umschlag abzuliefern. Der Kontrolle unterliegende eingehende Briefe werden geöffnet und dem Gefangenen ausgehändigt, soweit sie nicht beanstandet oder beschlagnahmt werden.

(2) Bei den kontrollierten ausgehenden Schreiben ist von einem Sichtvermerk Abstand zu nehmen. Eingehende Briefe können mit einem Sichtvermerk versehen werden.

Beanstandung

(1) Der Anstaltsleiter kann einen Brief beanstanden,

1. wenn er unleserlich, in einer Geheimsprache oder in Kurzschrift geschrieben ist;
2. wenn der Inhalt des Briefes darauf gerichtet ist, die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Einsperrung zu gefährden;
3. wenn der Inhalt offenbar einen Straftatbestand erfüllt; wird durch den Brief ein Dritter verletzt, so ist ein Anhalten nur dann zulässig, wenn der Dritte nicht in die Lage kommen kann, sich selber wirksam zu verteidigen.

(2) Das gleiche gilt entsprechend für Zeitungen, Zeitschriften, Bücher und sonstige Schriften.

(3) Aus Gründen der Verdunklungsgefahr hinsichtlich eines anderen Strafverfahrens dürfen Briefe nur auf Grund richterlicher Anordnung angehalten werden.

(4) Das Grundrecht auf freie Information und Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wird insoweit eingeschränkt.

Anhalteverfahren

(1) Ein beanstandeter Brief, der nicht beschlagnahmt wird, ist zur Habe des Gefangenen zu nehmen. Dem Gefangenen ist von der Beanstandung unter Mitteilung des Grundes

Kenntnis zu geben. Der einwandfreie Teil eines eingegangenen, aber zurückgehaltenen Briefes ist dem Gefangenen schriftlich mitzuteilen, soweit ihm nicht ein in sich verständlicher Teil des Briefes ausgehändigt werden kann. Dem Absender ist ebenfalls von der Beanstandung Mitteilung zu machen.

(2) Der Anstaltsleiter oder der von ihm beauftragte Bedienstete kann die beanstandeten Stellen des Briefes unkenntlich machen, wenn der Brief dadurch nicht seinen Sinnzusammenhang verliert. Dem Gefangenen ist Gelegenheit zu geben, sein angehaltenes Schreiben durch ein neues zu ersetzen.

Paketverkehr

(1) Der Empfang von Paketen wird dem Gefangenen nicht gestattet. Ausnahmen kann die Aufsichtsbehörde zulassen. Sie regelt auch den allgemeinen Empfang von Lebensmittelpaketen an besonderen Feiertagen und aus besonderen Anlässen.

(2) Pakete werden in Gegenwart des Gefangenen von dem Anstaltsleiter oder dem von diesem beauftragten Beamten geöffnet und überprüft. Gegenstände, deren Aushändigung an den Gefangenen bedenklich erscheint, können einer genaueren Untersuchung unterzogen, zur Habe des Gefangenen genommen oder dem Absender zur Verfügung gestellt werden.

L E B E N S L A U F

Am 20. Mai 1942 wurde ich als drittes Kind des Verlegers Hans Driewer und seiner Ehefrau Luise, geb. Dreesen, in Essen geboren.

Dort besuchte ich von Ostern 1948 bis Ostern 1952 die Volksschule und bestand nach neunjährigem Besuch der Humboldt-Schule (Neusprachliches Gymnasium) zu Essen am 6. März 1961 die Reifeprüfung.

Im unmittelbaren Anschluß an die Schulzeit studierte ich in Köln und Freiburg i.Er. die Rechtswissenschaften. Nach neun Semestern meldete ich mich zum Referendarexamen, das ich am 5. Januar 1966 vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts in Köln bestand.

Seit März 1966 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst zur zweiten juristischen Staatsprüfung. Seit Oktober 1966 bin ich zusätzlich wissenschaftliche Hilfskraft beim Lehrstuhl für Straf- und Strafprozeßrecht an der Ruhr-Universität Bochum, an dem ich auch während meiner zwischenzeitlichen Beurlaubung tätig war. Zur Zeit befinde ich mich kurz vor der Ausbildung beim Oberlandesgericht Hamm.

difo-druck • schmacht bamberg